Hamburg/Hannover, 01. Mai 2011

Von der dienenden Funktion der Telekommunikation für den Rundfunk zur Konfliktbewältigung durch Frequenzplanungsrecht

Gutachten zur Berücksichtigung der Belange des Rundfunks im Zuge der TKG-Novelle 2011 im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands (ARD), des Zweiten Deutschen Fernsehens (ZDF), des Deutschlandradios (DRadio) sowie Die Medienanstalten (ALM)

Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur / RA Dr. Tobias Gostomzyk

Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur
Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33
20148 Hamburg

RA Dr. Tobias Gostomzyk
KSB INTAX
Lüerstraße 10-12
30175 Hannover

Gliederung

I. Einleitung ... 4

II. Hintergrund zur rechtlichen und tatsächlichen Entwicklung ... 4

1. Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation ... 5
2. „Quality of Service“ des Rundfunks ... 5
3. Exkurs: Störungen beim Digitalen Rundfunk ... 7
4. Planungsrechtliche Anforderungen an die Frequenzvergabe ... 8
5. Erfahrungen aus den Verfahren zur Vergabe der sog. Digitalen Dividende ... 9
6. Frequenzplanung: international, europäisch und national ... 10
   a.) Internationale Funkkoordinierung ... 10
   b.) Europäische Funkkoordinierung ... 10
   c.) Nationale Funkkoordinierung ... 11

III. Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen z. Verhältnis v. Rundfunk u. Telekommunikation ... 12

1. Zum Verhältnis von Rundfunk und Telekommunikation ... 13
2. Insbesondere: Verhältnis von „dienender Funktion“ und „positiver Ordnung“ ... 17

IV. Materiell-rechtliche Absicherung der Störungsfreiheit des Rundfunks ... 20

1. Gewährleistung von Störungsfreiheit als Planungsleitsatz ... 20
2. Störungsfreiheit als Zielbestimmung der Frequenzplanung ... 24
3. Einführung einer Legaldefinition „funktechnische Störung“ ... 25
4. Mangelnde Gestaltungskraft der Nutzungsbestimmung 36 der FreqBZPV ... 26
5. Allgemeine Frequenznutzungsbestimmungen ... 27
6. Festlegungen zur Störungsfreiheit durch „Technische Richtlinien“ ... 29
7. Regelung zur Störfestigkeit der Endgeräte ... 32

V. Verfahrensbezogene Fragen zur Absicherung der Belange des Rundfunks ... 36

1. Beteiligung der Länder im Frequenzplanungsverfahren ... 36
   a.) Konkretisierung der rechtlichen Anforderung „Vermeidung funktechnischer Störungen“ ... 37
   b.) Beteiligung der Länder an der Aufstellung des Frequenz(nutzungs)plans ... 39
2. Sonstige Beteiligungsmöglichkeiten der Länder: vom Benehmen zum Einvernehmen ... 40
   a.) Begriff des Benehmens ... 41
      (1) Verständnis des „Benehmens“-Begriffs ... 41
      (2) Praxiserfahrungen ... 42
   b.) Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen ... 43
      (1) Bestimmung des Frequenzbedarfs durch die Länder ... 45
      (2) Staatsfreiheit des Rundfunks – technische Dimension ... 47
   c.) Verhältnis von Einvernehmen und Bedarfsfeststellung ... 47
      (1) Gebot der Rücksichtnahme im Landesrecht ... 47
      (2) Verhältnis Einvernehmen (prozedural) und Bedarfsfeststellung (materiell) ... 49
      (3) Überprüfung der „Bedarfsanmeldung“ durch den Bund ... 51
   d.) Verbot der Mischverwaltung im Frequenzplanungsrecht? ... 52

e.) Erfordernis des „Einvernehmens“ im TKG, § 61 Abs. 2 S. 3 TKG ... 53
(1) Umsetzung im Einzelnen ... 54
(2) Verordnungen ... 54
(3) Frequenznutzungsplan ... 55
(4) Allgemeinverfügung ... 55
(5) Verwaltungsvorschriften ... 56
(6) Ausgestaltung des „Einvernehmens“ ... 56
(7) Alternative zum Erfordernis des Einvernehmens: Umwidmung von Frequenzen ... 57
3. Beteiligungsmöglichkeiten der Rundfunkveranstalter ... 58
a.) Frequenzbereichszuweisungsplan ... 58
b.) Frequenz(nutzungs)plan, § 54 TKG-E ... 59
c.) Nutzungsbestimmungen über die Durchführung eines „Vergabeverfahrens“, § 61 TKG ... 60
(1) Verfahrensrechtliche Sicherung der Ermittlung von Störungen ... 61
(2) Exkurs: Grundsatz der Konfliktbewältigung ... 62
d.) Schutz der „Störungsfreiheit“ bei konkreter Frequenzzuteilung ... 63
e.) Rolle der BNetzA bei der Überwachung der Frequenznutzung, § 64 TKG ... 64
f.) Einrichtung einer unabhängigen Schlichtungsstelle ... 65
VI. Rechtsschutz ... 66
1. Länder ... 66
2. Rundfunkveranstalter ... 66
a.) Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung ... 66
b.) Frequenz(nutzungs)plan ... 66
c.) Allgemeinverfügung, Frequenzzuteilung ... 66
d.) Nachträgliche Bedingungen/Auflage ... 67
e.) Streitwertbeschwerde ... 67
VII. Zusammenfassung ... 69
1. Materiell-rechtliche Absicherung der Störungsfreiheit ... 69
2. Verfahrensbezogene Fragen zur Absicherung der Belange des Rundfunks ... 71
3. Rechtsschutz ... 72

Literaturverzeichnis ... 73

I. Einleitung

Ziel des Gutachtens ist es, ein Baukastensystem zu entwickeln, um die Belange des Rundfunks und damit die Gesetzgebungskompetenzen der Länder auf jeder Ebene der Frequenzvergabe bzw. -verwaltung zu wahren. Dafür ist es notwendig, die Besonderheiten der einzelnen Verfahrensstufen (Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, Frequenznutzungsplan bzw. künftig einheitlich: Frequenzplan, Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, kurz BNetzA, etc.) sowie das Schutzbedürfnis des Rundfunks auf eben diesen Verfahrensstufen so herauszuarbeiten, dass eine sachdienliche Weiterentwicklung der geltenden Gesetzeslage erfolgen kann. Dazu sollen wiederum konkrete Änderungsvorschläge erarbeitet werden, die zugleich auf ihre Rechtskonformität sowie systematische Einbindung in das Telekommunikationsgesetz[1] (TKG) hin geprüft werden.

Auftraggeber des Gutachtens sind die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands (ARD), das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF), das Deutschlandradio (DRadio) sowie Die Medienanstalten (ALM).

Das Gutachten gliedert sich in drei Abschnitte: Zunächst folgen Ausführungen zu rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen der Frequenzplanung (dazu unter II.). Der nächste Abschnitt widmet sich verfassungsrechtlichen Vorüberlegungen (dazu unter III.), gefolgt von Erläuterungen zur materiell-rechtlichen Absicherung der Störungsfreiheit des Rundfunks im TKG (dazu unter IV.). Weiter gilt das Augenmerk einzelnen verfahrensbezogenen Fragen der Absicherung der Belange des Rundfunks (dazu unter V.). Abschließend behandelt das Gutachten Probleme des Rechtsschutzes (dazu unter VI.).

II. Hintergrund zur rechtlichen und tatsächlichen Entwicklung

Zunächst sollen die für das Frequenzplanungsrecht tatsächlich und rechtlich relevanten Entwicklungen erläutert werden. Dazu gehört die Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation (dazu unter 1.). Weiter besteht die Forderung eines "Quality of Service" insbesondere auch an die terrestrische Rundfunkübertragung (dazu unter 2.). Daran anschließend werden die planungsrechtlichen Maßgaben an die Frequenzvergabe beleuchtet (dazu unter 3.), insbesondere auch unter Einbeziehung der Erfahrungen aus den Verfahren zur Vergabe der sog. Digitalen Dividende (dazu unter 4.).

[1] Telekommunikationsgesetz (TKG) in der Fassung v. 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch BVerfG, Urt. v. 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 (BGBl. I S. 272).

1. Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation

Im Zuge der *Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation* ist die Zuordnung von Verwaltungskompetenzen voraussetzungsreicher geworden (vgl. *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 745, 751 ff. m.w.N.): Früher ließ sich zwischen der Verbreitung von Rundfunkinhalten und ihren technischen Voraussetzungen verhältnismäßig leicht unterscheiden, was unter anderem zur Vorstellung einer „dienenden Funktion" der Frequenzverwaltung gegenüber dem Rundfunk führte (*Eberle*, Rundfunkübertragung, 1987, S. 21 ff.). Schon bei Einführung des TKG 1996 entstanden Kontroversen zwischen Bund und Ländern um den Status des Rundfunks in der TK-Regulierung (vgl. dazu *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 745, 761f. m.w.N.; S. 6 ff.; *Trute*, in: ders./Spoerr/Bosch, TKG, 2001, § 2 Rn. 2). Die Länder setzten sich für die Sicherung der Übertragungswege des Rundfunks als telekommunikationsrechtliches Planungsziel ein (Stichwort: „dienende Funktion" der Telekommunikation, dazu BVerfGE 12, 205, 227).

2. „Quality of Service" des Rundfunks

Inzwischen sind die Überwirkungen der Frequenzverwaltung und der Telekommunikation auf den Rundfunk häufiger geworden (dazu nur *Binder*, in: Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 50 Rn. 33 m.w.N.). Dies gilt auch für den Bereich der digitalen Verbreitung von Rundfunksignalen: Die *Sicherung der besonders hohen Qualität und Stabilität des Rundfunkempfangs* ist mit technischen Voraussetzungen verbunden und deswegen eine Aufgabe der Telekommunikation. Zugleich entscheiden diese technischen Voraussetzungen aber auch über das „Ob" und das „Wie" der Verbreitung von Rundfunkinhalten und berühren damit inhaltliche Belange des Rundfunks. Gerade beim Programmrundfunk (im Gegensatz zu den Onlinediensten) haben terrestrische Frequenzen nach wie vor eine zentrale Bedeutung (vgl. *Janik*, in: Dörr/Kreile/Cole, Hdb. Medienrecht, 2. Aufl. 2011, D 3; *Degenhart*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 123. Erg-Lieferung 2006, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 742; *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 745, 748). Weiter werden zunehmend Nutzungskonflikte zwischen Rundfunkübertragung und sich vervielfältigenden anderen Frequenznutzungen wie durch LTE (*Long Term Evolution* als Nachfolgetechnologie von UMTS, vgl. eingehend *Keller*, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 2. Aufl. 2011, S. 104 f.) auftreten (vgl. etwa zu LTE: *Deutsche TV-Plattform*, FKT 11/2009, S. 625 ff.). Störungen bei der Übermittlung von Programminhalten werden aber gemeinhin weniger akzeptiert als Störungen der individuellen Kommunikation mittels Mobilfunk: Unterbrechungen, Verlangsamung, Qualitätsminderung von Diensten gehören zur Alltagserfahrung und werden von den Kunden grundsätzlich akzeptiert. Beim Rundfunkempfang wie über DVB-T werden hingegen selbst vereinzelt auftretende,

kurze Störungen nicht hingenommen. Hinzu kommt, dass die Ursachen für diese Störungen für die Nutzer regelmäßig nicht ersichtlich sind.

Weiter verschärft sich die Herausforderung der *Gewährleistung einer „Quality of Service“* beim digitalen Rundfunk. DVB-T-Dienste stehen stärker als frühere Dienste in Konkurrenz mit anderen im gleichen Bitstream verteilten Diensten, sind aber auch anfällig für Interferenzen durch dritte Dienste. Dies verlangt die Bestimmung der zu erwartenden Qualität der Übertragungsleistung und damit ein:

> *„[...] measure of how well the delivery requirements of the content in question (in terms of timeliness, error rate, reliability etc.) are fulfilled“ („DVB High Level Technical Requirements for QoS for DVB Services in the Home Network“* (ETSI TS 102 685 v1.1.1 – 2010-01)

Anders als beim analogen Empfang von Fernsehsignalen kommt es bei der digitalen Programmdistribution nicht zu einem Flimmern des Bildes oder Rauschen des Tones. Vielmehr ist ein gewissermaßen in Klötzchen zerlegtes Bild zu verzeichnen oder sogar sein Totalausfall (vgl. *Deutsche TV-Plattform*, FKT 11/2009, S. 625, 627 f.). Eine weitere Besonderheit bei Störungen des DVB-T-Empfangs besteht beispielsweise darin, dass es keine sich langsam vollziehende, also abgestufte Verschlechterung des Empfangs gibt. Vielmehr verläuft der Übergang von einem für den Zuschauer störungsfreien Empfang bis zum beschriebenen Störverhalten regelmäßig unerwartet und ohne große Abstufungen (vgl. *Rudd*, UHF Release Spectrum. Technical Overview, OFCOM-Bericht, ohne Datum, S. 23).

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf den besonders hohen Stellenwert, den die Verbreitung von Fernsehrundfunk mittels DVB-T für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten besitzt: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk stellt eine digitale terrestrische Versorgung der Bevölkerung in Deutschland seit Ende 2008 auf Grundlage des DVB-T-Standards sicher (*Spading/Lüdemann*, in: Raff, ARD-Jahrbuch 2008, S. 48, 50; *Painter*, in: Stock, ZDF Jahrbuch 2008, S. 272). Mit etwa 20 Mio. verkauften Endgeräten hat sich DVB-T am Markt erfolgreich etabliert (*GfK*, Panelmarket PTV/ FLAT; SET-TOP-BOXES, 02/2010). Dabei hat DVB-T gegenüber anderen Verbreitungswegen (Satellit, Kabel, IPTV) den Vorteil der portablen Empfangbarkeit (vgl. Mobile TV UMTSF/GSMA Joint Work Group, Final Whitepaper „Mobile TV: The Groundbreaking Dimension”, 2006, S. 21/22).

3. Exkurs: Störungen beim Digitalen Rundfunk

Im Gegensatz zu früheren Problemen bei der Koexistenz von frequenztechnisch benachbarten ortsfesten oder beweglichen Funkdiensten, bei denen Störungen eher sporadisch auftraten und die Anzahl der beteiligten Geräte eher begrenzt war, sind künftig vielfältigere Störungsszenarien wahrscheinlich. Beispielsweise ist die bevorstehende Nutzung des Frequenzbereichs oberhalb von 790 MHz durch LTE für die Nutzung des Frequenzbereichs unterhalb von 790 MHz durch Rundfunkdienste in hohem Maße risikobehaftet. Bei LTE (Long Term Evolution) handelt es sich um eine Nachfolgetechnologie zu UMTS. Dabei soll LTE insbesondere geeignet sein, kostengünstig breitbandige Datendienste anzubieten und so das mobile Internet zum Massenmarkt zu entwickeln.

Die Einführung der LTE-Technologie im 800 MHz-Band durch Zuweisung entsprechender Frequenzbänder führt zu einer sog. Verkämmung – also Überlagerung – von Signalen unterschiedlicher Funkdienste. Dies ist durchaus beabsichtigt. Im Hinblick auf das knappe Gut „Frequenzen“ ist eine äußerst effiziente Nutzung des Spektrums geboten. Es verbietet sich zwar grundsätzlich, große spektrale Lücken ungenutzt zu lassen. Doch ist durch die hohe Anzahl störanfälliger DVB-T-Empfangsgeräte und die direkte räumliche Nachbarschaft von LTE-Sendern und LTE-Empfängern zu erwarten, dass es vermehrt zu Störungen kommen wird, die bereits wegen ihrer Häufigkeit nicht mehr beherrschbar sein werden. Zwar sind Effekte des gegenseitigen Störens bei Funkanwendungen keine erstmalige Erscheinung. Doch ist neu, dass Mobilfunk und Rundfunk unmittelbar im Nutzungskonflikt stehen. Mehr noch: Die Ursachen für diese Störungen sind dabei – egal ob für Rundfunkrezipienten oder ob für LTE-Nutzer – regelmäßig nicht durchschaubar. Dies führt dazu, dass eine eigenständige Störbewältigung durch den Nutzer entfällt.

Beim DVB-T-Fernsehempfang sind Bild- und Tonstörungen zu erwarten. Die jetzt eingesetzte LTE-Technologie verursacht insbesondere in DVB-T-Empfängern überwiegend – wie bereits beschrieben – zwei grundlegende Effekte, die als Störungen bezeichnet werden können. Zum einen sind dies sog. Artefakte, die sich bei der Bildwiedergabe ergeben. Der Zuschauer kann dann eine „Klötzchenbildung“ auf dem Bildschirm sehen oder gar Totalausfälle („Einfrieren“ des Bildes) erfahren. Dabei ist für die Herbeiführung eines Totalausfalls des DVB-Nutzsignals gegenüber der „Klötzchenbildung“ nur eine sehr geringfügig stärkere Störeinstrahlung notwendig, daher kommt es bei Störungen zumeist recht plötzlich zum Totalausfall.

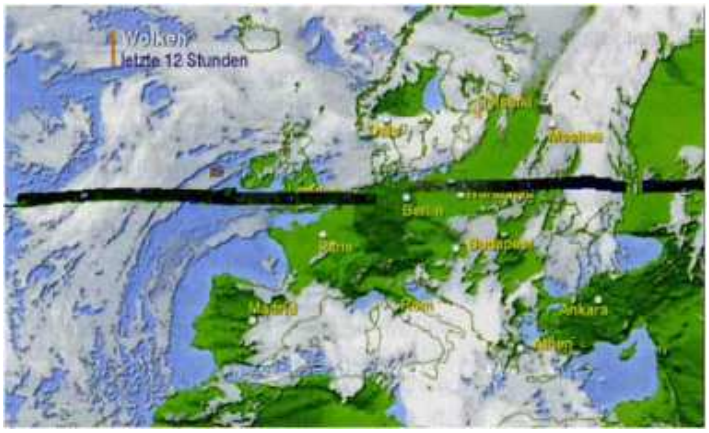

Abb. 1 Leichtere Störungen des DVB-T-Empfangs (Quelle: Deutsche TV-Plattform)

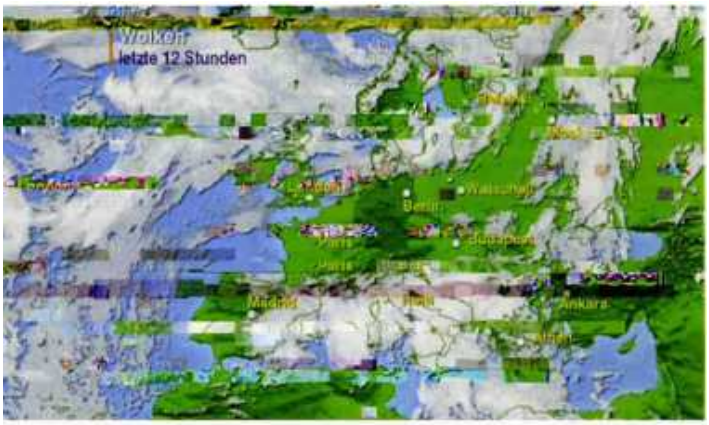

Abb. 2 Starke Störungen des DVB-T-Empfangs (Quelle: Deutsche TV-Plattform)

4. Planungsrechtliche Anforderungen an die Frequenzvergabe

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass das Frequenzplanungsrecht auch *Planungsrecht im engeren Sinne* ist. Daher folgt es der Logik der verfahrens- und materiell-rechtlichen Abwägung der zu berücksichtigenden konkurrierenden Belange im Entscheidungsprozess (vgl. VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8147/09, S. 10, 14 des amtlichen Umdrucks). Die Planung der Zuweisung und Nutzung der Frequenzen wird jedoch nicht in einem Akt geregelt, wie es regelmäßig bei der Fachplanung der Fall ist, sondern erfolgt über mehrere Stufen (vgl. dazu *Holznagel/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 483): Unter der Ebene der telekommunikationsrechtlichen Frequenzplanung ist die sog. Frequenzoberverwaltung angesiedelt, die die Zuordnung zu den einzelnen Säulen der „dualen Rundfunkordnung“ zum Gegenstand hat. Dies ist eigentlich die Teil der rundfunkrechtlichen Kapazitätsplanung, die den Gesamtbedarf des Rundfunks zunächst festsetzt und dann durch Ausdifferenzierung die Folgeentscheidungen für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk konkretisiert. Beteiligt auf dieser Ver-

fahrensstufe sind die Länder, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die Landesmedienanstalten.

Eine solche Abfolge von Planungsschritten ist für das Planungsrecht nicht ungewöhnlich und gilt beispielsweise auch für das Bauplanungsrecht. Im Frequenzplanungsrecht besteht indes für den Rundfunk insofern ein besonderes Problem, als unklar ist, auf welcher Ebene Voraussetzungen für eine störungsfreie Nutzung des Rundfunks wie zu treffen sind. Um das *„Qualitätssicherungsinteresse" des Rundfunks* zu wahren, ist es deswegen erforderlich, dass Länder und Rundfunkveranstalter in Frequenzplanungsverfahren einen legislativ abgesicherten Einfluss geltend machen können. Überdies ist der Bund zu verpflichten, Belange des Rundfunks zu berücksichtigen. Im Anschluss an die Dogmatik des allgemeinen Planungsrechts lässt sich deshalb formulieren, dass es sich hier nicht nur um ein Optimierungsgebot, sondern um einen bindenden Planungsleitsatz handelt (BVerwG, Beschl. v. 17.12.1992, Az. 4 N 2/91, juris-Rn. 26 = BVerwGE 91, 318 ff. = NVwZ 1993, 565, 568; *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 146).

5. Erfahrungen aus den Verfahren zur Vergabe der sog. Digitalen Dividende

Dagegen hat die BNetzA in den *administrativen und gerichtlichen Verfahren zur Realisierung der sog. Digitalen Dividende* (vgl. VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA) den Standpunkt vertreten, diesen Gesichtspunkt erst auf der letzten Stufe des Frequenzvergabeverfahrens – also der Frequenzzuteilung – zu regeln und auch dies nur soweit als es durch die europäischen Normen (ECC/DEC/(09)03 v. 30.10.2009, http://bit.ly/g69Ygd) vorgegeben ist. Dabei steht vor allem die Filterung des Signals an der Sendeanlage im Vordergrund. Diese europäische Norm enthält aber in ihrem Annex I (S. 8) selbst den Vorbehalt, dass weitere Maßnahmen erforderlich sein können:

> *"However, it should be understood that the derived BEMs do not always provide the required level of protection of victim services and additional mitigation techniques would need to be applied in order to resolve any remaining cases of interference."*

Solche weiteren Maßnahmen zu Störungsminderung (mitigation techniques) will die BNetzA aber erst dann ergreifen, wenn Probleme in praxi aufgetreten sind. Ein solches Vorgehen würde bedeuten, dass weitere Maßnahmen erst durch nachträgliche Bedingungen bzw. Auflagen *außerhalb* des eigentlichen Planungsverfahrens festgelegt werden.

Weiter haben insbesondere das bisherige Verfahren zur Versteigerung der sog. Digitalen Dividende sowie die damit verbundenen, sich abzeichnenden Folgekonflikte praktische Erkenntnisse

vermittelt, die eine unzulängliche Ausgestaltung des TKG zum Schutze des Rundfunks belegen. Das betrifft insbesondere Fragen eines planungsrechtlichen Verständnisses des TKG (Stichwort: Grundsatz der Konfliktbewältigung), des Drittschutzes von Normen zum Schutze von Rundfunkveranstaltern, der Konkretisierung einzelner normativer Vorgaben (etwa der Nutzungsbestimmung N36, dazu unter IV.4) und Rechtsbegriffen (insbesondere der Störungsfreiheit sowie des Benehmens mit den Ländern), der Einbeziehung von drittbetroffenen Rundfunkveranstaltern auf einzelnen Stufen des Frequenzvergabeverfahrens, der Festlegung von Verfahren zur Störungsbeseitigung (etwa durch Verwaltungsvorschriften) sowie des Rechtsschutzes.

6. Frequenzplanung: international, europäisch und national

Bei der Frequenzplanung im Telekommunikationsrecht ist zwischen internationalen, europäischen und nationalen Planungsebenen zu unterscheiden. Sie sollen überblicksartig dargestellt werden:

a.) Internationale Funkkoordinierung

Die weltweite Funkkoordinierung ist Aufgabe der Internationalen Fernmeldeunion (ITU), einer Organisation der Vereinten Nationen (vgl. *Holznagel*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 767, 772). Deutschland wird in der ITU durch das BMWi vertreten. Die ITU beruft wiederum sog. Weltfunkkonferenzen ein (WRC), um länderübergreifende Fragen der Frequenzzuordnung zu erörtern, ohne die Frequenznutzung einzelner Staaten zu bestimmen. Ergebnis der WRC ist die Festlegung eines internationalen Frequenzzuweisungsplans, der wiederum Bestandteil der völkerrechtlich bindenden Vollzugsanordnung für den Funkdienst (VO Funk/Radio Regulations) ist. Daneben können unter der Ägide der WRC regionale Konferenzen (RRC) einzuberufen werden (*Geppert*/*Ruhle*/*Schuster*, Handbuch Recht und Telekommunikation, 1998, Rn. 524, 527). Aufgabe der ITU ist die Zuordnung von Funkfrequenzen. Außerdem sollen durch internationale Frequenzplanung schädliche Störungen zwischen Funkstellen einzelner Länder vermieden bzw. bestehende Störungen beseitigt werden. National ist die Entscheidung der WRC-07 durch Änderung des Frequenzbereichszuweisungsplans umzusetzen (vgl. *Holznagel*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 767, 781).

b.) Europäische Funkkoordinierung

Auf europäischer Ebene erfolgt die Planung für die Nutzung von Frequenzspektren vorrangig durch die Europäische Konferenz der Post- und Telekommunikationsverwaltung (CEPT). Sie bezeichnet eine Dachorganisation zur Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden von 48 Län-

dern (dazu *Holznagel*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 767, 776; *Schulz*, Lizenzvergabe bei Frequenzknappheit, 2002, S. 22), darunter alle Mitgliedstaaten der EU. Ihre Aufgaben für den Fernmeldebereich werden durch das Electronic Communications Committee (ECC) wahrgenommen. Das ECC soll die Frequenznutzung mit dem Ziel koordinieren, eine Harmonisierung in Europa zu gewährleisten. Ihre Kompetenz geht dabei nur soweit, als Mindestmaßstäbe zur Störungsvermeidung getroffen werden können. Sie bedürfen der weiteren nationalen Ausgestaltung. Die vom ECC beschlossenen Entscheidungen, Empfehlungen und Berichte werden wiederum von Unterarbeitsgruppen – Deutschland wird hier durch die BNetzA vertreten – vorbereitet; namentlich die Working Group Regulatory Affairs (WG RA), die Working Group Frequency Management (WG FM) sowie die Working Group Spectrum Engineering (WG SE).

CEPT-Berichte bzw. die ECC-Studien sind grundsätzlich nicht rechtsverbindlich (vgl. *Korteweg/McGonagle*, IRIS plus 2010-6 [DE], S. 11, 12). Vielmehr ist allen Maßnahmen auf CEPT-Ebene gemeinsam, dass sie auf freiwilliger Basis durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden sollen (dazu nur *Jenny*, in: Heun, Hdb. Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 233; *Holznagel*/*Enaux*/*Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 475 a. E., Rn. 476), wobei keine Pflicht zur Anerkenntnis besteht (*Holznagel*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 676, 777).

Weiter hält auf Ebene der Europäischen Union das sekundäre Gemeinschaftsrecht Vorgaben für einzelne Funkanwendungen bereit, insbesondere mobile Kommunikationsdienste. Grundsätzlich soll dabei gewährleistet werden, dass die EU-Frequenzkoordinierung mit den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft übereinstimmt (vgl. *Korteweg/McGonagle*, IRIS plus 2010-6 [DE], S. 6 ff.).

c.) Nationale Funkkoordinierung

Auf nationaler Ebene ist wiederum zwischen einzelnen Stufen der Frequenzplanung zu unterscheiden: Frequenzbereichszuweisungsplan (§ 53 TKG), Frequenznutzungsplan (§ 54 TKG) – künftig voraussichtlich einheitlich: Frequenzplan – sowie der Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA bzw. Allgemeinverfügung und Frequenzzuteilung. Hieran schließt sich die Überwachung von Frequenznutzungen zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung des Frequenzspektrums an, die durch die BNetzA zu gewährleisten ist.

Im Frequenzbereichszuweisungsplan werden die Frequenzbereiche den Funkdiensten zugewiesen. Dabei handelt es sich um eine Rechtsverordnung. Soweit zur Sicherstellung einer störungsfreien und effizienten Frequenznutzung erforderlich ist, enthält der Frequenzbereichszuwei-

sungsplan auch Bestimmungen über Frequenznutzungen und darauf bezogene nähere Festlegungen (vgl. dazu insgesamt *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 180).

Auf Grundlage des Frequenzbereichszuweisungsplans erstellt die BNetzA den Frequenznutzungsplan, der keine Auswirkungen besitzen soll, also prinzipiell als Verwaltungsvorschrift anzusehen ist. Der Frequenznutzungsplan enthält weitere Aufteilungen der Frequenzbereiche auf die Frequenznutzungen sowie Festlegungen für diese Frequenznutzungen. Der Frequenznutzungsplan kann aus Teilplänen bestehen (vgl. dazu insgesamt *Holznagel/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 489 ff.).

Die Frequenzvergabe kann per Versteigerung, Allgemeinverfügung oder Frequenzzuteilung erfolgen. Eine Frequenzzuteilung ist dabei gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 TKG die behördliche oder durch Rechtsvorschriften erteilte Erlaubnis zur Nutzung bestimmter Frequenzen unter festgelegten Bedingungen. Die Frequenzen dürfen gemäß § 55 Abs. 2 TKG nur zugeteilt werden, wenn (1.) sie für die vorgesehene Nutzung im Frequenznutzungsplan ausgewiesen sind, (2.) sie verfügbar sind, (3.) die Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen gegeben ist und (4.) eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt ist. Frequenzen können per Einzelzuteilung (§ 55 Abs. 1 TGK) oder Allgemeinzuteilung (§ 55 Abs. 2 TKG) vergeben werden. Sind für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang Frequenzen vorhanden, kann die BNetzA ein Vergabeverfahren gem. § 61 TKG anordnen. Dabei kann sie zwischen einem Versteigerungs- und einen Ausschreibungsverfahren wählen. Die Anordnung eines Vergabeverfahrens gem. § 61 TKG, seine Ausgestaltung sowie Frequenznutzungsbestimmungen gem. § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TGK statuiert sie ebenfalls in einer Allgemeinverfügung bzw. einer Entscheidung der Präsidentenkammer. Dabei ist es gemäß § 52 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Aufgabe der BNetzA, eine störungsfreie Frequenznutzung sicherzustellen.

III. Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen zum Verhältnis von Rundfunk und Telekommunikation

Nachfolgende verfassungsrechtliche Überlegungen gelten der näheren Bestimmung des Verhältnisses von Rundfunk und Telekommunikation. Das über Jahrzehnte unumstößlich geltende Verständnis der Telekommunikation als dem Rundfunk „dienende Freiheit“ erfährt durch Rechtsprechung und Literatur zunehmend Relativierungen. Grund hierfür sind vor allem auch technische Entwicklungen, die bereits oben beschrieben wurden. Deshalb soll vorab auf das verfassungsrechtliche Verhältnis von Rundfunk und Telekommunikation und die Relevanz der Technik für die Ausübung der Rundfunkfreiheit eingegangen werden.

1. Zum Verhältnis von Rundfunk und Telekommunikation

Die vielfach zustimmend oder kritisch zitierte Formel von der „dienenden Funktion" der Telekommunikation für den Rundfunk bedarf der Erläuterung (*Zagouras*, CR 2006, 819, 821; *Holznagel*, MMR 2008, 207, 208; auch schon *Ladeur*, MMR 1999, 267): Sie kann selbstverständlich nicht bedeuten, dass die Telekommunikation insgesamt primär der Sicherung der Rundfunkfreiheit zu dienen habe. *Hoffmann-Riem/Wieddekind* (in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 745, 756 gehen deshalb mit Recht von folgendem Grundsatz aus:

> *„Das Verhältnis von Telekommunikation und Rundfunk kann [...]. nicht mehr nur im Wege einer einseitigen Abhängigkeit beschrieben werden. [...] Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die technische Innovation zu neuen Übertragungsformen und neuen Nutzungsmöglichkeiten führt und das Netz damit zunehmend auch Leistungen für andere Nutzer bereitstellen kann, die auch Grundrechtsschutz für sich beanspruchen (Art.5, 12, 2 GG)."*

Zustimmung erfolgt hier auch durch *Huber* (*ders.*, in: Gundel/Heermann/Leible, Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?, 2009, S. 67, 75; vgl. aber auch *S. Bumke*, Frequenzverwaltung und Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 247).

Offensichtlich dient die Telekommunikation auch der Gewährleistung anderer Kommunikationsfunktionen. Der berechtigte Kern der Formel von der „dienenden Freiheit" besteht darin, dass erstens die Frequenzverwaltung dem Rundfunk die Frequenzen zur Verfügung stellen muss, die er zur Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgabe benötigt (Bereitstellungsfunktion) und zweitens, dass nicht über die Telekommunikation (Frequenzvergabe) mittelbar auf die Programmgestaltung Einfluss genommen werden darf (Inhaltsneutralität). Die Bereitstellungsfunktion der Telekommunikation ist im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich dadurch qualifiziert worden, dass dem Rundfunk im Rahmen der technischen Seite der „Bestands- und Entwicklungsgarantie" (BVerfGE 74, 297, 324 ff.; 83, 238, 297f.) der Zugang zu allen Übertragungstechnologien offenstehen muss. Ob dies auch dann noch gelten kann, wenn eine Technologie ihre Bedeutung gänzlich eingebüßt hat, kann dahingestellt bleiben, weil es dafür auch im Bereich der digitalen terrestrischen Übertragung keine Anhaltspunkte gibt, wenngleich die Bedeutung dieser Technologie im Verhältnis zu anderen zurückgegangen ist (vgl. *ZAK*, Digitalisierungsbericht 2010, S. 52). In dieser wie auch in anderer Hinsicht gilt selbstverständlich das allgemeine planerische Gebot der Rücksichtnahme auch im Frequenzplanungsrecht. Auf der Grundlage der hier ausdifferenzierten planerischen Dimension der Frequenzverwaltung ist aber zu beachten, dass der Rundfunkdienst im Telekommunikationsrecht

eine hohe Priorität genießt. Was herkömmlicherweise als „dienende Funktion“ der Frequenzverwaltung bezeichnet worden ist, lässt sich in einer moderneren Terminologie als ein abwägungsfester „Planungsleitsatz“ bezeichnen, der einen Vorrang in der Frequenzverwaltung begründet und deshalb auch gegen Gesichtspunkte der „Effizienz“ nicht zu verrechnen ist. D. h. die Länder melden nach § 57 Abs. 1 S. 2 TKG den Versorgungsbedarf des Rundfunks an. Auf dieser Grundlage gilt: „Die Bundesnetzagentur setzt diese Bedarfsanmeldungen bei der Frequenzzuteilung nach § 55 um (§ 57 Abs. 1 S. 3 TKG).

Hier gibt es keinen „Abwägungsvorbehalt“ (vgl. zur Verbindlichkeit *Göddel*, Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2006, § 57 Rn. 3 f.; *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 57 Rn. 6; *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 5 Rn. 94 ff.), bei Kollisionen insbesondere mit Effizienzerwägungen behält die Sicherstellung der Rundfunkversorgung ihren Vorrang. Nur bei der Art der Gewährleistung besteht ein Rücksichtnahmegebot (vgl. *Zagouras*, CR 2006, 819, 821; auch schon *Ladeur*, MMR 1999, 266, 268), z.B. darin, dass nicht darauf bestanden werden kann, dass einmal dem Rundfunk zugeteilte Frequenzen nicht mehr getauscht werden könnten. Dies sieht § 57 Abs. 1 S. 5 TKG für „andere Zwecke als der Übertragung von Rundfunk im Zuständigkeitsbereich der Länder genutzt werden, wenn dem Rundfunk die auf der Grundlage der rundfunkrechtlichen Festlegungen zustehende Kapazität zur Verfügung steht“ vor. Grundsätzlich ist es auch verfassungsgemäß, dass nach § 60 Abs. 2 S. 2 Var. 2 TKG Art und Umfang der Frequenznutzung nachträglich geändert werden können oder von Festlegungen im Frequenz(nutzungs)plan (zu dessen Rechtsnatur vgl. *S. Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 98f.) aus besonderen Gründen befristet abgewichen werden kann.

Dabei geht es stets um Konkretisierungen des Rücksichtnahmegebots bei der Art der Umsetzung der zugeteilten Kapazität in die praktische Nutzung für den Rundfunk, nicht aber um Kompensationen eines vermeintlich geringerwertigen Rundfunkinteresses mit einem vermeintlich höherwertigen Effizienzinteresse.

So kann z.B. auch ein quantitativ unbedeutender Lokal- oder Regionalfunk nicht einfach gegen die effizientere Nutzung durch Mobilfunkunternehmen verrechnet werden. Dies sieht auch das europäische Recht (vgl. Frequenzentscheidung der EG-Kommission 676/2002/EG v. 24.02.2002, ABl. L 108, S. 1) vor, das der Sicherung des Meinungspluralismus eine hohe Bedeutung beimisst. Der Pluralismus (vgl. dazu *Zagouras*, CR 2006, 819, 822) wird aber in erster Linie durch den Programmrundfunk gesichert, während die Meinungsrelevanz ider Mobilkommunikation (noch) eher gering ist. Die Politik der EU ist auf diesem Gebiet nicht frei von Widersprüchen, wenn zugleich der ökonomischen Effizienz eine hohe Priorität eingeräumt wird (vgl.

dazu etwa Beschluss der Kommission v. 06.05.2010, KOM(2009) 586, Abl. L 117/97; *Gersdorf*, ZUM 2007, 104).

Hier ist allerdings im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG allenfalls von einer staatlichen Pflicht zur Berücksichtigung der Meinungsfreiheit bei der Verteilung staatlicher Übertragungsressourcen auszugehen. Dieser kommt kein verfassungsrechtlicher Rang zu. Dagegen ist beim Rundfunk nicht nur seine inhaltlich-programmliche Seite durch Schaffung einer „positiven Ordnung" auszugestalten, sondern auch die Rundfunktechnik sowie die finanzielle Infrastruktur (Rundfunkgebühren bzw. Ermöglichung von Werbung für die Privaten) institutionell abzusichern. Dass die Meinungskommunikation über terrestrische Frequenzen in irgendeiner Weise (auch gegenüber „geringfügigen") lokalen oder regionalen Rundfunkprogrammen förderungsbedürftig wäre, lässt sich in der gegenwärtigen Konstellation schlechterdings nicht behaupten, zumal die Unterversorgung ländlicher Gebiete durch die Nutzung der „Digitalen Dividende" beseitigt werden soll.

Deshalb geht es bei der „Effizienz" der Frequenznutzung zur Zeit eher um wirtschaftliche Effizienz, die durchaus ein wichtiger Gesichtspunkt ist, aber nicht den gleichen Rang wie die Sicherung eines vielfältigen Rundfunkprogrammangebots beanspruchen kann. Dies gilt auch unter den durch die Privatisierung gesetzten Bedingungen, da sich nichts daran geändert hat, dass die Frequenzverwaltung hoheitlich bleibt.

Das bedeutet umgekehrt, dass die Telekommunikationsverwaltung bei der Entscheidung über die Art der Gewährleistung dieses Planungsleitsatzes einen gewissen Gestaltungsspielraum in Anspruch nehmen kann. Damit kommt beispielsweise ein Frequenztausch in Betracht, wenn eine Frequenz, die zur Zeit vom Rundfunk genutzt wird, gegen eine andere gleichwertige ersetzt wird (wenngleich dabei wiederum Anpassungsbedürfnisse des Rundfunks – etwa Hinweise auf Kanalwechsel gegenüber Rundfunknutzern – zu berücksichtigen sind). Das Rücksichtnahmegebot kommt hier als sekundäres gegenläufiges Prinzip im Verhältnis zum Planungsleitsatz „Bereitstellung der Übertragungsressourcen" auf der Primärebene zum Tragen (vgl. zur Fundierung des Vorrangs des Rundfunks in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nur *Zagouras*, CR 2006, 819, 824; auch schon BVerfGE 12, 205, 249 f.). Der für seine Zwecke mit Frequenzen ausgestattete Rundfunk darf umgekehrt diese Frequenzen nicht so nutzen, dass andere Nutzungen gestört werden. D. h. Sendeanlagen sind so zu betreiben, dass etwa durch Filter und andere Maßnahmen Störungen zu Lasten der Nutzer andere Frequenzen vermieden werden, soweit keine technisch und wirtschaftlich unzumutbaren Investitionen verlangt werden. Das BVerfG hat die Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk entwickelt (BVerfGE 83, 238, 298 f.; 90, 60, 90). In technischer Hinsicht muss dies aber auch für den privaten Rundfunk gelten: Das heißt

auch für private Rundfunkveranstalter ist die Bereitstellungsfunktion durch die Frequenzverwaltung zu erfüllen. Dabei spielt auch der lokale Rundfunk eine wichtige Rolle, deren verfassungsrechtliche Dimension auch in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt worden ist (BVerfGE 74, 297, 350 ff.: „wachsende Bedeutung“).

In der hier entwickelten Argumentation kommt ergänzend der Gesichtspunkt der Qualität zur Geltung, der bisher in der Rechtsprechung des BVerfG als selbstverständlich vorausgesetzt und deshalb unausgesprochen geblieben ist. Die Gewährleistung der Qualität der Rundfunkübertragung ist im Grunde eine Variante der „Bereitstellungsfunktion“: Anders als beispielsweise die Mobilkommunikation kann die Rundfunkübertragung Funktionseinschränkungen deshalb nicht hinnehmen, weil es um die Übertragung längerer Programme geht, die auf ein stabiles kontinuierliche Signal angewiesen sind. In der Nutzungsbestimmung 36 zur FrequenzbereichszuweisungsVO ist dieser Schutz im Grunde klar ausgedrückt: „[… andere] Nutzungen dürfen keine schädlichen Störungen des Rundfunks“ verursachen. Ob diese Regelung aber ausreicht, ist angesichts der Praxis der Vergabe der Frequenzen aus der „Digitalen Dividende“ zweifelhaft.

Wenn man die „dienende Funktion“ im Lichte der neuen planerischen Gestalt der Frequenzverwaltung interpretiert, hat sich im Grunde an der Stellung des Rundfunks im Frequenzplanungsrecht nichts Wesentliches geändert. Das kann auch nicht anders sein, zumal wenn man bedenkt, dass die Dienste der elektronischen Individualkommunikation sich in den letzten Jahren so dynamisch entwickelt haben, dass – auch wenn der Bedarf weiter zunimmt – nicht einzusehen ist, warum der Rundfunk Frequenzen einbüßen sollte, nur weil diese noch „effizienter“ durch andere Dienste genutzt werden könnten.

Die Bereitstellungsfunktion wird ergänzt durch die „Neutralität“ des Telekommunikationsrechts, die verletzt wäre, wenn mittelbar über die Frequenzverwaltung auf das Programm eingewirkt werden könnte. Damit sind auch inhaltliche Bewertungen einzelner Programme oder Programmarten oder die Gewichtung der Zahl der Nutzer grundsätzlich nicht vereinbar. Der Rekurs auf „Effizienz“ ist auch gegenüber dem Rundfunk – öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich – legitim, soweit es um das Rücksichtnahmegebot auf der zweiten Ebene der Abstimmung des Rundfunkbedarfs auf die konkurrierenden Bedürfnisse der anderen Telekommunikationsdienste durch Koordination geht. Auf der ersten Ebene, auf der es um die Prioritäten unterschiedlicher Nutzungen bei begrenzter Verfügbarkeit von Frequenzen geht, würde aber eine Entscheidung über die Subordination des Rundfunkdienstes gegenüber anderen zu einem mittelbaren Einfluss auf die Programmfreiheit führen (vgl. *Zagouras*, CR 2006, 819, 824). Denn damit müsste angenommen werden, dass eine quantitativ geringere Nutzung einer Frequenz (für eine kleiner Zahl von Rundfunknutzern) auch qualitativ niedriger zu bewerten ist als der höhere Nutzungsgrad ei-

ner Frequenz z.B. durch die Mobilkommunikation. Dies wäre allenfalls dann vertretbar, wenn es zu einer erheblichen Behinderung dieses Kommunikationsdienstes käme, was offensichtlich nicht eintreten wird. Dass man noch mehr und noch schneller über mobile Dienste kommunizieren könnte, ist für sich genommen kein Grund, den Bedarf des Rundfunks zurückzusetzen.

Die hier skizzierten Grundsätze werden durch das TKG nicht in Frage gestellt. Das Gesetz berücksichtigt nach wie vor die Bedeutung des Rundfunks in der Frequenzverwaltung durchaus angemessen. Allerdings muss hier beachtet werden, dass – wie in diesem Gutachten gezeigt – die BNetzA in der Praxis der Frequenzplanung, auf der Ebene, auf der primär sie die planerischen Entscheidungen trifft, dazu neigt, das hier begründete Rangverhältnis in Frage zu stellen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Anforderungen an die Störungsfreiheit des Rundfunks und die Einhaltung des planerischen Prinzips der „Konfliktbewältigung“, das die planende Behörde darauf festlegt, nicht nur das „Abwägungsmaterial“ umfassend zusammenzustellen, Gewichtungen vorzunehmen und Belange unter Beachtung von Planungsleitsätzen in ein Rangverhältnis zu bringen, sondern die Konflikte auch gesamthaft zu bewältigen und nicht in die Phase der Implementation der Planung zu verschieben (a.A. BNetzA und VG Köln, a.a.O.).

2. Insbesondere: Verhältnis von „dienender Funktion“ und „positiver Ordnung“

Dabei ist die Infragestellung der „dienenden Funktion“ der Telekommunikation gegenüber dem Rundfunk problematisch: Die BNetzA tendiert dazu, wie in den Verwaltungsverfahren zur Realisierung der „Digitalen Dividende“ sichtbar geworden ist, der Effizienz der Frequenznutzungen eine hohe Priorität zu geben und die Gewährleistung der Störungsfreiheit – um die es in diesen Verfahren ging, nicht um die Versorgung des Rundfunks mit Frequenzen – unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit zu stellen. Deshalb und wegen der ohnehin hohen Dynamik der flexibler gewordenen Frequenzverwaltung und Frequenznutzung (*Zagouras*, CR 2006, 819, 823; *Gramlich*, CR 2010, 289, 294f.) erscheint es erforderlich, an einigen Stellen des Gesetzes die Prioritäten genauer zu formulieren, damit ein angemessenes Planungsverfahren gewährleistet werden kann.

Es ist nicht zu leugnen, dass sich die Bedingungen der Frequenzverwaltung durch diese hohe Dynamik (größere Nachfrage und höheres Nutzungspotential) grundlegend verändert haben. Daraus mag sich auch ergeben, dass dem Rundfunk mehr Flexibilität bei der Bestimmung und Realisierung seines Frequenzbedarfs abverlangt werden kann – im Rahmen der skizzierten Grundsätze. Festzuhalten ist aber, dass – wie immer man das Verhältnis von Rundfunk- und Telekommunikationsrecht grundsätzlich oder auch nur im Hinblick auf den technologischen Wandel interpretieren mag – eine rechtliche Veränderung des bisher durch die Rundfunkveranstalter

und die Länder definierten Bedingungen und Voraussetzungen der Frequenzzuteilung, oder der ihrer Umwidmung, einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage bedarf und diese Veränderung nicht durch planerische Abwägungsentscheidungen der BNetzA von Fall zu Fall vollzogen werden darf.

In der Rechtsprechung des BVerfG zur Stellung des Rundfunks ist u. a. ein für das sonst von einer klassischen Schrankendogmatik bestimmte Grundrechtsverständnis ungewöhnlicher Vorbehalt der „positiven Ordnung" einer auf Vielfalt angelegten institutionellen Rundfunkfreiheit entwickelt worden (vgl. nur BVerfGE 57, 295, 320; 73, 118, 153; 83, 238, 90, 60, 87; auch *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 4 Rn. 1 ff.). Das verlangt vom Gesetzgeber, dass ex ante rechtliche Bedingungen für die produktive Gewährleistung von Vielfalt gesetzt werden müssen (im Gegensatz zu einer „negativen Ordnung" der Schrankenziehung zur Schadensbekämpfung ex post gegenüber der freien Grundrechtsentfaltung). Das bedeutet, dass ausnahmsweise eine Grundrechtsbetätigung im Bereich der Rundfunkfreiheit i. e. S. (anders etwa für die Individualkommunikation im Internet) ohne vorherige gesetzliche Grundlage nicht zulässig wäre. Daraus folgt, dass auch in den Bereichen, in denen es nicht um die inhaltliche Programmfreiheit i. e. S. geht, sondern um die Schaffung von Voraussetzungen, die mittelbar aber auch für die Programmproduktion und -verbreitung von Bedeutung sind (wie in der Frequenzverwaltung), ebenfalls durch den Gesetzgeber eine „positive Ordnung" zu schaffen ist, die die Bedingungen der Rundfunkproduktion regelt. Das bedeutet weiter, dass das Gesetz eine möglichst klare Grundlage schaffen muss, die die Spielräume der planenden Verwaltung begrenzt und es nicht zulässt, dass die äußeren Bedingungen der Programmproduktion sowohl im Hinblick auf die Zahl der Sendefrequenzen als auch im Hinblick auf deren Qualität in erheblichem Umfang von der BNetzA bestimmt werden können. Denn auch für die Rundfunkfreiheit gilt die sog. Wesentlichkeitstheorie. Danach hat der Gesetzgeber selbst die wesentlichen Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung zu schaffen (BVerfGE 47, 46 ff.; 49, 89, 125 – st. Rspr.).

Dies ist eine verfassungsrechtliche Anforderung an alle auf den Rundfunk bezogenen Gesetze, deren Verlauf im Einzelnen von der technologischen Entwicklung abhängig ist. Vgl. dazu etwa *Trute*:

> *„Dabei (Bestimmung des Verhältnisses von Rundfunk und Telekommunikation – nicht im Original) kann nicht übersehen werden, dass hier eine auch verfassungsrechtlich sensible Schnittstelle vorliegt, die auf hinreichende Zugangssicherung für den Rundfunk zur Gewährleistung der inhaltsbezogenen Grundversorgung ausgerichtet sein muss."* (*Trute*, in: ders./Spoerr/Bosch, TKG, 2001, Einl. III Rn. 9)

In der Vergangenheit waren die Spannungsverhältnisse in der Frequenzverwaltung nicht so sichtbar wie heute.

> *„[...] die Konkurrenz zwischen rundfunkspezifischen und anderen Nutzungsinteressen geriet nur selten in den Blick der Rechtsordnung."* (*Trute*, in: ders./Spoerr/Bosch, TKG, 2001, Einl. III Rn. 7)

Dies muss bei der Interpretation wie bei der Weiterentwicklung des TKG beachtet werden: Die technischen Grundlagen für das Kooperationsverhältnis zwischen Telekommunikation und Rundfunk haben sich inzwischen erheblich gewandelt. Damit verändert sich auch die Stellung der BNetzA als der für die Frequenzverwaltung zuständigen Bundesoberbehörde zwischen den beiden auf Kooperation angelegten Materien.

Das zwingt den Gesetzgeber dazu, der Dynamik der Frequenzplanung neue Maßstäbe zu setzen, welche die technologische Basis für die Verbreitung von Rundfunk genauer bestimmen müssen. Dazu gehört auch die Eröffnung größerer Beteiligungsrechte der Länder, die in diesem Bereich die Interessen des Rundfunks gegenüber dem Bund vertreten, der seinerseits stärker zur Betonung der Effizienzinteressen tendiert.

Das bedeutet weiter, dass die Diskussion darüber, ob der Rundfunk weiter auf die „dienende Funktion" der Telekommunikation (*Zagouras*, CR 2006, 819, 821; *Holznagel*, MMR 2008, 207, 208; auch schon *Ladeur*, MMR 1999, 267) vertrauen darf oder ob sich das Verhältnis zwischen Rundfunk und Telekommunikation grundlegend verändert hat, so lange rechtlich ohne Bedeutung ist, wie nicht das Gesetz diese Bedingungen neu definiert. Selbst wenn man das jetzige Verfahren für änderungsbedürftig hält, muss doch verfassungsrechtlich darauf bestanden werden, dass die Bewertung des Frequenzbedarfs des Rundfunks, in welcher Form auch immer, den Ländern zusteht.

Als ein Element dieser „positiven Ordnung", die die rechtliche Infrastruktur des Rundfunks absichert, kann auch die Einschaltung des Bundesrates oder der Länder in die Frequenzplanung angesehen werden: In diesem Bereich geht es nicht darum, den Ländern einen verfassungsrechtlich problematischen Einfluss auf die Bundes(frequenz)verwaltung einzuräumen, sondern um die Gewährleistung der technischen Grundlagen der Programmfreiheit der Rundfunkveranstalter. Dazu kann die Beteiligung der Länder beitragen, die für die Sicherung dieser „positiven Ordnung" in erster Linie verantwortlich sind.

IV. Materiell-rechtliche Absicherung der Störungsfreiheit des Rundfunks

In diesem Abschnitt wird darauf eingegangen, warum es empfehlenswert ist, Störungsfreiheit als Planungsleitsatz einzuführen, der nicht mit anderen Belangen wie dem einer effizienten Frequenznutzung abzuwägen ist. Eine solche Gewährleistung von Störungsfreiheit als Planleitsatz kann als Vorschrift in § 2 Abs. 2 TKG (Regulierungsziele) eingefügt werden (dazu unter 1.). Zusätzlich ist denkbar, dieses Normziel in § 53 TKG (Frequenzbereichszuweisungsplan) aufzunehmen (dazu unter 2.). Es folgt in der Darstellung die Forderung nach einer Legaldefinition, was "funktechnische Störung" für den Rundfunk bedeuten soll (dazu unter 3.).

Der nächste Abschnitt widmet sich der mangelnden Gestaltungskraft der Nutzungsbestimmung 36 (dazu unter 4.). Was wiederum dazu führt, die Einführung der Störungsfreiheit als abwägungsfesten Planungsleitsatz zu fordern.

Es folgt eine Darstellung zur Verbindlichkeit der allgemeinen Nutzungsbestimmungen zur Frequenznutzung. Sie ist mit dem Ziel zu stärken, dem Rundfunk bereits auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer Rechtsschutz zu gewährleisten (dazu unter 5.). Hinzu kommt die Notwendigkeit, die Voraussetzungen zur Gewährleistung von Störungsfreiheit weiter durch „Technische Richtlinien“ zu konkretisieren (dazu unter 6.). Der letzte Abschnitt zur materiell-rechtlichen Absicherung der Störungsfreiheit beschreibt, dass auch die Störfestigkeit der Endgeräte verbindlich zu regeln ist (dazu unter 7.).

1. Gewährleistung von Störungsfreiheit als Planungsleitsatz

Das Erfordernis, Störungsfreiheit zu gewährleisten, ist im TKG als abwägungsfester Planungsleitsatz zu verankern. Bislang ist es einzig als Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG vorgesehen. Dort heißt es, dass eine effiziente und störungsfreie Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks, zu gewährleisten sei. Weiter wird die Maßgabe einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung in diversen Vorschriften zum Frequenzvergabeverfahren wiederholt (§ 52 Abs. 1 TKG, § 53 Abs. 2 S. 2 TKG, § 55 Abs. 4 S. 2 TKG, § 55 Abs. 5 S. 1 Nr. 4, Abs. 7 S. 3, § 60 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 143 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG, § 3 Abs. 1 S. 2 FreqNPAV). Hinzu kommt das Regulierungsziel gemäß § 2 Abs. 5 TKG, die Belange des Rundfunks zu berücksichtigen, welches durch den TKG-E – hier § 2 Abs. 6 TKG-E – relativiert werden soll („Die Belange […] des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien sind, *soweit möglich*, zu […] *wahren*.“).

Zur Gewährleistung der „positiven Ordnung“ der Rundfunkfreiheit gehört auch die Bereithaltung von Senderessourcen in rundfunkadäquater Qualität (vgl. dazu BVerfGE 74, 297, 321/326; 57, 295, 320). Demgemäß hat das BVerfG im NRW-Urteil (BVerfGE 83, 238, 324f.; vgl. auch BVerfGE 74, 118, 183) beanstandet, dass dem Staat durch das damalige Rundfunkrecht „freie Hand“ bei der Entscheidung über die Verteilung der Frequenzen zwischen privatem und öffentlichem Rundfunk gegeben worden ist. Deshalb ist der Bund auch durch das TKG und die rundfunkrechtlichen Vorgaben der Länder gebunden, weil auch damit mittelbar Einfluss auf die Programmfreiheit genommen werden kann. Das ist der Sache nach – obgleich das Gericht damals die sich heute stellende Problematik noch nicht absehen konnte – ebenso für die Qualität der Nutzung von Frequenzen zutreffend. Die technische Störung der Programmübertragung ist genauso eine mittelbare Einwirkung auf das Programm. Auch die technische Qualität des Rundfunks muss gesetzlich gesichert werden.

Weiter gilt in dieser Hinsicht die Schutzwirkung der sog. Wesentlichkeitstheorie, da die Rundfunkfreiheit – auch soweit es um die durch den Bundesgesetzgeber wahrzunehmenden Schutzpflichten geht – durch diese prozedurale Grundrechtsdimension ebenso geschützt wird (vgl. dazu etwa *Heim*, K&R 2004, 121, 122) wie bei ihrer legislativen Ausgestaltung.

Die Bundesregierung (vgl. nur *Bringleb*, heise online v. 15.05.2009, http://bit.ly/dQLsUy) und BNetzA (dies ist einer der Schwerpunkte des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens von *Goldmedia/Mugler*, Wirtschaftliche Auswirkungen der Digitalen Dividende in Deutschland, Februar 2009) geben in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht (vgl. nur die Empfehlung der EU-Kommission 2009/848/EG v. 28.10.2009, ABl. L 308/2009, S. 24 ff.; *Korteweg/McGonagle*, IRIS plus 2010-6 [DE], S. 15) der Effizienz der Nutzung von Frequenzen (vgl. *Gersdorf*, ZUM 2007, 104 f.; *Holznagel*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 767, 778 f.) eine hohe Priorität. Angesichts des hohen Bedarfs (vgl. *Koboldt*, in: Picot/Tillmann, Digitale Dividende, 2009, S. 115, 116; *Holznagel*, MMR 2008, 207, 207) erscheint dies auch konsequent und legitim. Dabei kann die Bedeutung der früher unumstrittenen Annahme von der „dienenden Funktion des Telekommunikationsrechts“ gegenüber dem Rundfunkrecht (vgl. dazu nur *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 2 Rn. 8 ff.) offenbleiben: Die Gewährleistung der durch das Rundfunkrecht vorgegebenen Zielgrößen für die Rundfunkversorgung muss für die Frequenzplanung im Telekommunikationsrecht – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – die Stellung eines abwägungsfesten „Planungsleitsatzes“ haben.

Das bedeutet insbesondere, dass die aus rundfunkrechtlichen Gründen anzustrebende Versorgung mit lokalen und regionalen Programmen, auch wenn man auf den dafür erforderlichen Frequenzen größere Datenmengen für andere Dienste verbreiten könnte, einen qualitativen Vorrang

vor den quantitativen Erwägungen haben muss. Besteht ein solcher Planungsleitsatz nicht, ist es naheliegend, „Störungsfreiheit" als ein Belang neben mehreren – insbesondere dem einer „effizienten Frequenznutzung" – anzusehen. So wird er der Abwägung zugänglich. Restrisiken eines Störungseintritts wären dann durch Rundfunkveranstalter hinzunehmen. So heißt es auch in der „Kabel BW"-Entscheidung des VG Köln vom 05.03.2010:

> *„Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass das Gebot der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung eine Zielvorgabe für die Frequenzordnung (§ 52 Abs. 1 TKG) bzw. ein allgemeines Regulierungsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG) darstellt, das im Wege der Abwägung mit anderen Regulierungszielen in Einklang zu bringen ist. Das ergibt sich schon daraus, dass selbst innerhalb dieser Zielvorgabe die Effizienz und die Störungsfreiheit konfligierende Ziele sind, die nicht im Sinne eines Maximierungsgebots des einen auf Kosten des anderen zu verstehen, sondern im Wege wertender Abwägung bedarfsgerecht zum Ausgleich zu bringen sind. Das Gebot der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung verpflichtet die Bundesnetzagentur damit nicht zur Herstellung maximaler Störungsfreiheit, sondern dazu, funktechnische Störungen auf ein akzeptables Maß im Sinne einer Herstellung größtmöglicher Störungsfreiheit bei größtmöglicher Effizienz der Frequenznutzung zu reduzieren."* (VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09, NRWE-Rn. 38)

Das Ergebnis der Abwägung soll dann wiederum nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sein (so VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09, NRWE-Rn. 41).

Die Relativierung wird noch dadurch erhöht, dass das TKG in § 55 Abs. 5 einerseits in Nr. 5 verlangt, dass als Voraussetzung für die Frequenzzuteilung „die Verträglichkeit mit anderen Nutzungen gegeben ist", und andererseits nach Nr. 4 „die [...] störungsfreie Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt ist."

Die BNetzA nimmt dies zum Anlass (und ihr folgend das VG Köln im Beschl. v. 5.3.2010, Az. 21 L 1851/09 juris-Rn. 31 ff.; *Nacimiento*, K&R 2011, 77, 83, 85) das Erfordernis der Nr. 3 (Verträglichkeit) in das weitere Erfordernis der Nr. 4 „hineinzulesen": Danach kann nur eine Art minderer Störungsfreiheit verlangt werden, nämlich (so VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09, juris-Rn. 36) die Reduktion „funktechnischer Störungen [...] auf ein akzeptables Maß", das auf Effizienzgesichtspunkte abzustimmen und von „maximaler Störungsfreiheit" zu unterscheiden ist (zum Störungsbegriff: *Göddel*, in : Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2006, § 55 Rn. 15). Dies erscheint schon deshalb unhaltbar, weil der Gesetzgeber offenbar zwei verschiedene, durch die Nummerierung unterschiedene Anforderungen an die Frequenznutzung

aufstellen wollte, die nicht gegeneinander abgewogen werden können. Offenbar liegt dem Gesetz die Vorstellung zugrunde, dass zunächst im Sinne eines Ausgleichs zwischen mehreren Nutzern ggf. auch durch Einschränkungen bereits bestehender Nutzungen oder durch sonstige Abstimmungen zwischen diesen und der neuen Nutzung ein störungsfreier Ausgleich zu suchen ist. Wenn dies nicht möglich ist, muss eine „störungsfreie Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt sein". D.h. dann muss durch Auflagen und Bedingungen gegenüber dem Antragsteller (z. B. auch im Hinblick auf die Einrichtung der „Funkanlage" oder durch Kompensation von Störungen auf der Ebene des Empfangs (Austausch von Sendegeräten, Angebot einer anderen Empfangstechnik, vom terrestrischen zum Kabelempfang etc.) eine Lösung durch den Frequenzerwerber erreicht werden (vgl. *Göddel*, in: Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2006, § 55 Rn. 15; *Marwinski*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 55 Rn. 25 ff.; *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 55 Rn. 33 ff.).

Empfehlung:

§ 2 Abs. 2 TKG-E[2] (Regulierungsziele) sollte in der Nummer 7 („Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks,") um folgende Konkretisierung ergänzt werden (einzufügen hinter „Belange"): *[...] „insbesondere der Gewährleistung der erforderlichen Übertragungsqualität [...]"* Zugleich sollte deutlich werden, dass es sich hierbei um einen Planungsleitsatz handelt und nicht um einen abwägungsfähigen Belang, etwa durch Einfügung des Begriffs in Klammern:

> *„Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks, insbesondere der Gewährleistung der erforderlichen Übertragungsqualität (Planungsleitsatz)"*

Folge wäre überdies eine drittschützende Wirkung dieser Vorschrift, die das VG Köln für den bloßen, abwägungsfähigen Belang in § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG bislang ablehnt (VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09, NRWE-Rn. 38).

[2] Sofern in diesem Gutachten Bezug auf den TKG-Entwurf (TKG-E) genommen wird, ist der vom Bundeskabinett am 02.03.2011 verabschiedete Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen gemeint, abrufbar unter http://bit.ly/fj0h7f (12.03.2011).

2. Störungsfreiheit als Zielbestimmung der Frequenzplanung

Zudem ließe sich die Gewährleistung von Störungsfreiheit in der Frequenzbereichszuweisungsplanung, insbesondere durch eine darauf bezogene Konkretisierungspflicht, absichern. Das ist bislang in § 53 TKG weder ausdrücklich vorgesehen noch ausgeschlossen. Sie erscheint jedoch erforderlich, da dieses Erfordernis sonst nur schwer unter Zuhilfenahme internationaler Standards mit nur begrenzter Bindungswirkung bestimmt werden könnte.

§ 53 Abs. 1 S. 2 TKG-E sieht Folgendes vor:

> *„Verordnungen, in denen Frequenzzuweisungen dem Rundfunk zugewiesen werden, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates."*

Im Übrigen bedarf die für die Frequenzbereichszuweisungsplanung vorgesehene Verordnung nach § 53 Abs. 1 S. 1 TKG-E nicht der Zustimmung des Bundesrates.

Die Norm des § 53 Abs. 2 S. 2 TKG fordert, dass „Beschränkungen nur aus den in Art. 9 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2002/21/EG[3] (Rahmenlichtlinie) genannten Gründen zulässig" sind. Art. 9 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie verlangt, dass (grundsätzlich) alle Technologien für die Übertragung elektronischer Kommunikationsdienste genutzt werden können. Nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 lit. a) der Rahmenrichtlinie sind Beschränkungen auch zur „Vermeidung funktechnischer Störungen" zulässig. Dies sollte aus Gründen der Klarheit ausdrücklich in den Wortlaut der Vorschrift im TKG-E aufgenommen werden.

Empfehlung:

Eine Regelung entsprechender Anforderungen an die Frequenznutzung ließe sich auf der Ebene der Frequenzzuweisung vorsehen. Die alte wie die neue Fassung des § 53 Abs. 1 S. 1 TKG/TKG-E sahen und sehen die Möglichkeit vor

> *„Bestimmungen über Frequenznutzungen und weitere (oder neu: darauf bezogene) Festlegungen"*

aufzunehmen.

[3] Die Formulierung ist ungenau: Gemeint ist die Richtlinie in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2009/140/EG.

Dazu gehören nach der Kommentarliteratur (*Wegmann*, in: Säcker, TKG, 2. Aufl. 2009, § 53 Rn.27; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 53 Rn. 14) auch Festlegungen über die „Verträglichkeit" von Nutzungen. Dies ist bisher jedenfalls nicht durch Normierung konkreter Anforderungen an die „Störungsfreiheit" geschehen.

Im Übrigen sind internationale Übereinkünfte und die europäische Harmonisierung zu „beachten" und nicht nur zu „berücksichtigen", wie es bislang § 53 Abs. 2 S. 1 TKG vorsieht.

3. Einführung einer Legaldefinition „funktechnische Störung"

Der Begriff der „funktechnischen Störung" ist bislang im TKG nicht definiert. Auch der TKG-E sieht keine Bestimmung darüber vor, die verbindlich Auskunft gibt, was unter einer Störung von Frequenzen zu verstehen sein soll. Eine solche Definition ist aber notwendig, um zu wissen, wann Maßnahmen der Störungsverhinderung und -beseitigung zu ergreifen sind. Störungsfreiheit – gerade beim digitalen Rundfunkempfang (siehe oben) – ist per se zu gewährleisten. Nach geltender Gesetzeslage lässt sich dagegen nicht verbindlich ermitteln, wann eine relevante Störung des Rundfunkempfangs gegeben sein soll.

Auch eine Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 lit. b. der Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG) sowie Art. 1 Nr. 1.166 bzw. 1.169 der Radio Regulations hilft nur in einem ersten Schritt weiter. Eine schädliche Störung soll sich demnach definieren lassen als:

> „*interference which endangers the functioning of a radionavigation service or of other safety services or seriously degrades, obstructs, or repeatedly interrupts a radiocommunication service operating in accordance with Radio Regulations (CS).*"

Hierdurch ergibt sich keine hinreichende Konkretisierung der Stördefinition für den digitalen Rundfunkempfang: Ist der Störbegriff generell oder sektoral zu verstehen? Wann genau soll dann eine schwerwiegende Beeinträchtigung bestehen (Zeitdauer, welcher Schweregrad der Störung)? Wann soll eine wiederholte Störung vorliegen? Ist dieser Begriff auf eine bestimmte Anzahl an Störungen zu beziehen? Das alles ist völlig unbestimmt, aber für den praktischen Umgang mit Störungen – sowohl im Rahmen von Störvermeidungsmaßnahmen als auch im Rahmen von Störbeseitigungsmaßnahmen – entscheidend. Anhaltspunkt für die weitere Konkretisierung kann die ITU-Empfehlung G.821 und G.822 (http://bit.ly/gme9Tu) geben. Sie hält Grenzwerte bereit, die eine technische Bestimmung der Störungsgrenze in Bitfehlerraten ausdrücken, aber auch auf die subjektive Wahrnehmung abstellen.

Empfehlung:

In § 3 TKG-E sollte definiert werden, wann von einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung“ sowie einer „wiederholten Unterbrechung“ gerade des Rundfunkempfangs (digital/analog) auszugehen ist.

4. Mangelnde Gestaltungskraft der Nutzungsbestimmung 36 der FreqBZPV

Eine Abhilfe der mangelnden Festschreibung eines Planungsleitsatzes auf Störungsfreiheit erfolgt auch nicht durch die in der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (FreqBZPV) vorgesehenen Nutzungsbestimmung 36. Diese besagt, dass der Frequenzbereich 790 bis 862 MHz im Benehmen mit den Ländern so bald wie möglich für die mobile breitbandige Internetversorgung zu nutzen sei. Dabei dürfte der Mobilfunkdienst im Bereich 790 - 862 MHz

> *“keine Störungen des Rundfunkdienstes verursachen“*.

Damit wiederholt diese Nutzungsbestimmung grundsätzlich den Wortlaut mehrerer Vorschriften des TKG (etwa § 54 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG und § 55 Abs. 5 S. 1 Nr. 4 TKG).

Im Verfahren der Vergabe der Digitalen Dividende wurde die Nutzungsbestimmung 36 weder auf Ebene des Frequenznutzungsplans noch der Entscheidung der Präsidentenkammer näher erläutert oder gar konkretisiert. Stattdessen wurde die Nutzungsbestimmung lediglich zig-fach wiederholt (vgl. etwa Vfg. 59/2009, ABl. BNetzA 20/2009, S. 3570, 3624, 3629, 3644, 3653, 3662, 3721, 3723, 3736, 3778). Das geschah, obwohl der Bundesrat bei seiner Benehmensherstellung zur FreqBZPV ausdrücklich die Erwartung äußerte, dass die Störungsproblematik „im Benehmen mit den Ländern gelöst“ (BR-Drs. 204/09 (B) v. 12.06.2009, S. 2) werde.

Die BNetzA ist mithin ihrer Aufgabe nicht nachgekommen, die Nutzungsbestimmung 36 als abstraktes Rechtsziel so zu bestimmen, dass ein konkreter Handlungs- und Gestaltungsauftrag deutlich wird (vgl. zur Konkretisierungspflicht *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem et al., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 12, Teil B, Rn. 61; *Schlarmann*, in: Winkler/Antoniolli, Rechtsstaat und Planung, 1982, S. 14). Demgegenüber verlagert eine bloße Wiederholung allgemein gefasster Anforderungen einen vorgegebenen Lösungs- und Entscheidungsbedarf auf eine Ebene außerhalb des Planungsverfahrens (dazu etwa OVG NRW, Beschl. v. 17.12.2007, Az. 20 B 1667/07, juris-Rn. 57). Dieses Vorgehen wurde durch das VG Köln insofern gestützt,

als das Gericht zur Konkretisierung der Nutzungsbestimmung 36 die Ansicht vertritt, dass diese als

> *„bindende Zielvorgabe[…]von der Bundesnetzagentur auf der Ebene der Frequenzzuteilungen in geeigneter Weise umzusetzen [ist]. Sie erfordert keine eigenständige planerische Konkretisierung im Rahmen der für die Durchführung eines Vergabeverfahrens notwendigen Verwaltungsentscheidungen. Hier genügt es, dass die zukünftigen Frequenznutzer diese Zielvorgabe kennen und abschätzen können, inwieweit diese die zukünftige Frequenznutzung beschränkt oder den Netzaufbau durch erforderliche Schutzmaßnahmen behindert.“* (VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA, S. 15 des amtlichen Umdrucks)

Empfehlung:

Da die Nutzungsbestimmung 36 selbst keine hinreichende Konkretisierung vornimmt, wie Störungsfreiheit des Rundfunks zu gewährleisten ist, und auch keine hinreichende Konkretisierung durch die BNetzA erfolgte, ist dieses Gewährleistungsziel auf Ebene der FreqBZPV durch einfach-gesetzliche Vorgaben wie – siehe oben – einen Planungsleitsatz abzustützen. Das gilt umso mehr, als sich aus der einfachgesetzlichen Norm ein Drittschutz für Rundfunkveranstalter ableiten ließe, der durch die Nutzungsbestimmung 36 nicht ohne Weiteres gegeben ist, da sich die FreqBZPV einzig auf Ebene der Frequenzzuteilung inzident überprüfen lässt (vgl. dazu VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA, S. 12/13 des amtlichen Umdrucks).

5. Allgemeine Frequenznutzungsbestimmungen

Die allgemeinen Bestimmungen für die Frequenznutzung, wie sie die Entscheidung der Präsidentenkammer vom 21.10.2009 (Vfg. 59/2009, ABl. BNetzA 20/2009, S. 3628 ff.) vorsieht, sollen nach Auffassung der BNetzA sowie des VG Köln nur vorläufigen Charakter besitzen und damit auf der nachfolgenden Ebene der Frequenzzuteilung beliebig abänderbar sein. Dabei betreffen die Nutzungsbestimmungen – siehe oben – nicht allein Vorgaben zur Vermeidung von Störungen im engeren Sinne (Schutzabstände, mitigation techniques etc.), sondern vor allem auch weitere, allgemeine Vorgaben, um den Belangen des Rundfunks im Frequenzvergabeverfahren wirksam Geltung zu verschaffen (Beteiligungs- und Informationsrechte der Rundfunkveranstalter, Festlegung von Verantwortlichkeiten zur Störungsbeseitigung, verlässliche Maßgaben zum Mobilfunk-Netzausbau etc.). Es ist nicht einzusehen, warum sie – zumindest soweit sie all-

gemeine, übergreifende Gesichtspunkte betreffen – nicht vor der Frequenzvergabe festzulegen sein sollen, wie es auch § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG nahe legt.

Anderer Meinung ist dagegen das VG Köln (vgl. etwa VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA, S. 14/15 des amtlichen Umdrucks; VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010,Az. 21 L 1851/09, S. 7/8 des amtlichen Umdrucks). Die durch die Allgemeinverfügung vorgesehenen Nutzungsbestimmungen besäßen demnach keine abschließende Verbindlichkeit (vgl. dagegen BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az. 6 C 4.09, BVerwGE 114, 368 ff.). Vielmehr dienten sie dazu, Bietern bei der Frequenzversteigerung eine wirtschaftliche Entscheidungsgrundlage für die Teilnahme am Versteigerungsverfahren zu geben. Rechtlich könnten sie als Zusicherung gem. § 38 Abs. 1 VwVfG eingestuft werden. Deshalb sei auch die Anfechtung der Frequenznutzungsbestimmungen erfolglos: Das Recht auf "störungsfreie Frequenznutzung" könne nicht unmittelbar betroffen sein, da die Frequenznutzungsbestimmungen als vorläufig anzusehen seien. Rechtsschutz gegen die Nutzungsbestimmungen sei erst auf Ebene der Frequenzzuteilung gegeben.

Weiter ist zu beachten, dass die BNetzA die in der Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA vom 21.10.2009 (ABl. BNetzA 20/2009, S. 3623 ff.) vorgesehenen Nutzungsbestimmungen unter einen Änderungsvorbehalt gestellt hat. So heißt es unter Ziffer IV.4.2. dieser Entscheidung ausdrücklich:

> *„Die Frequenznutzungsbestimmungen können nachträglich geändert werden, insbesondere, wenn dies zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung oder aufgrund von internationalen Harmonisierungsvereinbarungen erforderlich wird.“* (Vfg. 59/2009, ABl. BNetzA 20/2009, S. 3629)

Demgemäß soll es sich einzig um vorläufige Nutzungsbestimmungen handeln (dazu auch VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09, S. 7/8 des amtlichen Umdrucks). Diese bezeichnen überdies lediglich Mindestanforderungen zur Gewährleistung eines störungsfreien DVB-T-Rundfunkempfangs (vgl. Vfg. 59/2009, ABl. BNetzA 20/2009, S. 3779). Eine standortspezifische Festlegung von frequenztechnischen Parametern im Einzelfall – also bezogen auf einen bestimmten Standort einer LTE-Basisstation – erfolge erst auf Antrag des jeweiligen Inhabers der Frequenzzuteilung. Im Ergebnis führt dies aber zu mangelnder Transparenz bei der Gewährleistung von Störungsfreiheit; zumal die Festlegung der standortspezifischen Parameter im Einzelnen ohne Beteiligung der Rundfunkveranstalter als Drittbetroffener erfolgt. Ein solches Vorgehen weicht von der bisherigen Praxis der Frequenzvergabe ab. Beispielsweise werden Fre-

quenzen für einzelne UKW-Sender erst dann zugeteilt, wenn die Verträglichkeit mit Flugfunkdiensten zweifelsfrei nachgewiesen ist.

Empfehlung:

§ 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG bestimmt, dass die Nutzungsbestimmungen für Frequenzen vor Durchführung eines Vergabeverfahrens festgelegt werden müssen. Damit berücksichtigt diese Vorschrift die Rechte des Bieters im Vergabeverfahren, da die Nutzungsbestimmungen Einfluss auf den wirtschaftlichen Wert der zur Versteigerung stehenden Frequenzen besitzen. Gleichzeitig ist diese Norm aber auch Ausprägung des Schutzgedankens, dass Drittbetroffene effektiv Rechtschutz erlangen können müssen. Das setzt eine frühzeitige Kenntnis zumindest der allgemein verbindlichen Nutzungsbedingungen voraus, deren Verbindlichkeit nicht beliebig mittels Änderungsvorbehalts aufschiebbar ist. Dagegen geht das VG Köln von einem eingeschränkten Verständnis des § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG aus. Die Nutzungsbestimmungen seien auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer weder als abschließend anzusehen VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146/09, S. 14/15) noch kommt ihnen drittschützende Wirkung zu (VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146/09, S. 12 des amtlichen Umdrucks).

Um ein rationales, konfligierende Interessen ausgleichendes Verfahren zu gewährleisten sowie drittschützenden Charakter der Nutzungsbestimmungen auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA abzusichern, ist die rechtliche Gewährleistung der Verbindlichkeit der Nutzungsbestimmungen auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer erforderlich. Das könnte durch eine Ergänzung der Bestimmung des § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4. TKG erfolgen:

> *„Die Regulierungsbehörde **hat** vor Durchführung eines Vergabeverfahrens die allgemeinen Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung **verbindlich zu bestimmen. Das gilt insbesondere, soweit Belange des Rundfunks berührt sind.**“*

6. Festlegungen zur Störungsfreiheit durch „Technische Richtlinien“

Die Festlegung von Grenzwerten und verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Bestimmung der Störungsgrenze bedarf einer Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften („Technische Richt-

linie“). Auch an deren Erlass sollten die Länder beteiligt werden. Die Technischen Richtlinien (oder besser: die Verordnung) sollten auch eine Regelung darüber treffen, wer für die Beseitigung von Störungen verantwortlich ist, wenn diese trotz präventiver Schutzmaßnahmen eintreten. Dies darf nicht ohne Weiteres der „Selbstkoordination“ zwischen den Frequenznutzern wie Mobilfunkunternehmen und Rundfunkveranstaltern überlassen bleiben, wie es die BNetzA vorsieht (*BNetzA*, Festsetzung der standortbezogenen Frequenznutzungsparameter im Bereich 800 MHz, Stand: Oktober 2010, http://bit.ly/hO41Sd). Schließlich handelt es sich bei den hier zu treffenden Festlegungen im Kern um öffentlich-rechtliche Pflichten (vgl. § 52 Abs. 1 S. 1 TKG), die nicht a priori privatisiert und damit letztlich der zivilgerichtlichen Auseinandersetzung überlassen werden dürfen. Mit der Bestimmung von Verantwortlichkeiten für die Beseitigung von Störungen verbunden sollte mithin auch die Festlegung sein, wer die Kosten für die Beseitigung von Störungen zu tragen hat.

Auch die Ausgestaltung eines Verfahrens unter Beteiligung der Rundfunkveranstalter zur Festsetzung sog. standortspezifischer Parameter ist hier vorzusehen: Wer ermittelt die standortspezifischen Parameter nach welchen Maßgaben? Zur Beteiligung der Rundfunkveranstalter gehört auch, die Transparenz des Vorgehens zu gewährleisten, beispielsweise frühzeitig wesentliche Informationen zum Netzaufbau zu übermitteln: Welche Ausbauschritte des Mobilfunk-Sendenetzes erfolgen wann, an welchen Standorten, zu welchen technischen Voraussetzungen?

Im Immissionsschutzrecht und in vielen anderen Reglungsmaterien des Umwelt- und Technikrechts ist die Einhaltung der Anforderung von Schutzvorschriften wie etwa für die Gesundheit (z.B. in § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, vgl. dazu *Jarass*, in ders., BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 5 Rn. 6 ff.) ohne Lärm- und Schadstoffbelastung konkretisierende Vorgaben nicht vorstellbar. Im Frequenzplanungsrecht ist das nicht anders. Auf internationaler und europäischer Ebene ist eine Vielzahl von Standards beschlossen worden, deren Stellung und Bindungswirkung für die Frequenzplanung in § 53 Abs. 2 TKG im Übrigen stark relativiert wird (*„[...] zu berücksichtigen“*).

Insbesondere in der ITU-Empfehlung G.821 und G.822 (http://bit.ly/gme9Tu) finden sich – wie bereits oben ausgeführt – Grenzwerte, die eine technische Bestimmung der Störungsgrenze in Bitfehlerraten ausdrücken, aber auch auf die subjektive Wahrnehmung abstellen. Deshalb ist für eine Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit auf der „Tatbestandsebene“, also bei der Feststellung und Gewichtung dieses Planungsziels kein Raum mehr. Ähnlich sind – auch darauf wurde bereits hingewiesen – europäische Grenzwerte formuliert worden, insbesondere in den Standards der ETSI (TS 136.104/3GPP und TS 36.104) oder in den Quality of Service-Standards der IEEE (802.1p).

Das TKG fordert mehrfach auf die Gewährleistung der „Störungsfreiheit“ der Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7, § 8 Abs. 1 S. 1, § 52 Abs. 1, § 53, Abs. 2 S. 2, § 55 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 1 Nr. 4, S. 3, § 60 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, § 143 Abs. 1 S. 2 Nr. 1). Eine genaue Spezifizierung ist im Gesetz oder den Rechtsverordnungen hingegen nicht enthalten. Eine solche Regelung müsste im Grundsatz nunmehr durch Gesetz und Verordnung vorgenommen werden (s.o.). Weitere Einzelheiten ließen sich in einer „Technischen Richtlinie“ – also in einer Verwaltungsvorschrift – vorsehen.

Die „Technische Richtlinie“ ist als Handlungsform der BNetzA an einigen Stellen des Telekommunikationsrechts ausdrücklich vorgesehen (§ 5 S. 2 TKG, § 108 Abs. 3 TKG, § 110 Abs. 3 S. 1 TKG, § 11 TKÜV, § 10 ZugErschwG). Es wäre denkbar, Einzelheiten, insbesondere Anforderungen an das Verfahren der Ermittlung von Störungen auch durch eine solche Verwaltungsvorschrift detailliert zu konkretisieren. Dies wäre auch im Einvernehmen mit den Ländern möglich. Allerdings wirft ein solches Vorgehen wiederum die Frage nach den Grenzen der sog. Mischverwaltung auf (dazu insbes. unter V.2.d.)). Den ohnehin nur schwach begründeten Bedenken gegen die verbindliche Kooperation von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung lässt sich hier das Argument entgegenhalten, dass Verwaltungsvorschriften grundsätzlich keine Außenwirkung haben und als normäquivalente Regeln mindestens ähnlich wie Rechtsnormen (Rechtsverordnungen) behandelt werden können. Die Handlungsform der Verwaltungsvorschriften mit Zustimmung des Bundesrates ist sogar ausdrücklich in Art. 84 Abs. 2 GG vorgesehen.

Bedenken im Hinblick auf die Grenzen der Mischverwaltung können, wenn überhaupt, nur gegen gemeinsame *Entscheidungen* von Bund und Ländern bestehen, da diese bestimmten Verwaltungsträgern zugeordnet werden können sollen. Diese Bedenken können aber nicht gegenüber Verwaltungsvorschriften bestehen, die grundsätzlich nicht nach außen wirksam werden.

Empfehlung:

Die in die Frequenzbereichszuweisungsverordnung – also auf der oberen Planungsebene – aufzunehmende Konkretisierung durch Grenzwerte und Verfahrensnormen ließe sich durch eine „Technische Richtlinie“ des Bundesministers für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesrates vornehmen.

7. Regelung zur Störfestigkeit der Endgeräte

Das TKG bestimmt nicht, wer die Störfestigkeit von im Markt befindlichen Empfangsgeräten, insbesondere von DVB-T-Empfängern, zu gewährleisten hat. Auch durch das Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Betriebsmitteln (EMVG) geschieht dies lückenhaft. Dies ist zu ändern, da es nicht allein den Ermessenserwägungen der BNetzA überlassen bleiben kann, eine erforderliche Regelung zu treffen. Schließlich handelt es sich vorliegend um eine für die Ausübung der Rundfunkfreiheit wesentliche Frage.

Die Anforderungen an die „Störfestigkeit" der Empfangsgeräte werden im geltenden TK-Recht unzureichend behandelt. Die BNetzA verweist deshalb in der Auseinandersetzung um die Folgen der Nutzung der „Digitalen Dividende" auf das EMVG (vgl. Vfg. 59/2009, ABl. BNetzA 20/2009, S. 3568, 3662, 3706). Dies ist schon deshalb nicht hinnehmbar, weil auch dieses Gesetz auf die Problematik der „Störfestigkeit" der Geräte nur lückenhaft eingeht. Unter den beschriebenen Bedingungen sollte es jedoch auf der Hand liegen, dass nicht nur die Kompatibilität zwischen unterschiedlichen Frequenznutzungen (Mobilfunk/Rundfunk), sondern auch die „Störfestigkeit" zugelassener Rundfunkempfangsgeräte für Interferenzen im planerischen Prozess geregelt werden sollte. Diese Frage sollte somit nicht weiter einer unklaren Regelung der „elektromagnetischen Verträglichkeit" von Geräten einer gegenüber der Planungsebene nachgelagerten, nicht mehr als planerisch angesehenen Entscheidungsebene überlassen bleiben.

Die Dynamisierung der Nutzungsbedingungen der Funkfrequenzen und die damit einhergehende Variation der Auslastung der Frequenzen hat erhebliche Folgen für das Verhältnis nicht nur zwischen verschiedenen Frequenznutzungen (insbesondere hier: im Verhältnis von Rundfunk- und anderen Funknutzungen), sondern auch für die Funkanlage und die wiederum unterschiedlichen Empfangsgeräte der anderen Funkdienste wie Mobilfunkdienste einerseits und Empfangsgeräte für terrestrischen und kabelgebundenen Rundfunkempfang andererseits. Dabei enthält für die Gewährleistung der Störungsfreiheit der Frequenznutzung i. e. S. insbesondere § 53 Abs. 2 S. 2 TKG eine Ermächtigung für die „Festlegung" von Nutzungsbedingungen. Diese müssen zugleich auf die Anforderungen an die „Funkanlage" i. S. des § 2 Nr. 3 des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG) abgestimmt werden, da Störungen sowohl durch den Funkverkehr selbst als auch auf der nächsten Ebene durch die „Funkanlage" und durch mangelnde Abschirmung gegen Störungen auf der Ebene des Empfangsgeräts entstehen können. Die Störungsfreiheit auf der ersten Ebene ist durch das TKG geregelt, die Störung durch die „Funkanlage" ist im FTEG (insbesondere in § 3 Abs. 1 Nr. 2) normiert: Die Vorschrift verweist aber inhaltlich auf die allgemeinen Anforderungen des § 4 EMVG, der wiederum für die Rundfunkempfangsgeräte gilt, die ihrerseits aus dem Anwendungsbereich des FTEG durch §

1 Abs. 3 Nr. dieses Gesetzes ausgenommen sind. Dies ist eine komplexe Regelung, die für die Sendung und den Empfang von Funkwellen in dieser Separierung nur so lange sinnvoll war, wie die Ebenen der Frequenz i. e. S., die Funkanlage und der Empfang jeweils relativ stabile Rahmenbedingungen hatten.

Eine Funkstörung kann nicht nur am Rundfunksignal beobachtet und an der Sendeanlage bekämpft werden („aktiver" Schutz bei Störaussendung), sie kann meist auch „passiv" durch technische Verbesserung der Empfangsgeräte behoben werden (vgl. *Hering et al.*, Elektronik für Ingenieure und Naturwissenschaftler, 5. Aufl. 2005, S. 642 f.). Deshalb muss die Frage nach der Störfestigkeit der Geräte in die Betrachtung mit einbezogen werden.

Insbesondere aufgrund neuerer, von der britischen OFCOM in Auftrag gegebenen Gutachten darf es heute geradezu als gesichert angesehen werden, dass es zumindest bei der Nutzung der schon in der praktischen Entwicklung stehenden LTE-Technologie zu Störungen des Signalempfangs an Rundfunkempfangsgeräten kommen wird, die den technischen Anforderungen entsprechend zugelassen worden sind (daneben werden WIMAX, mobile World Wide Interoperability for Microwave Access und UMB, Ultramobile Broadband, als Übertragungstechnologien benutzt). Auch die BNetzA will Störszenarien nicht völlig ausschließen (VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA). Sie äußert sich hierzu ausweichend, insbesondere, indem sie – wie bereits dargestellt – fälschlicher Weise für Kabelgeräte auf die Einschlägigkeit des EMVG verweist. Dass der Kabelempfang betroffen sein kann, ist aber ebenfalls so gut wie sicher (vgl. dazu nur *Analysys Mason*, Exploiting the Digital Dividend – An European Approach, final report, 14. August 2009, S. 34, 46; *ANGA/IRT*, Abschlussbericht - Beeinflussung der Dienste auf TV-Kabel-Infrastrukturen durch bidirektionale terrestrische Anwendungen LTE im UHF-Bereich, April 2009, S. 24 et passim; *Hasenpusch (BNetzA)*, Immunity of integrated TV receivers, set top boxes and data modems connected to broadband cable and TV networks against radiation from LTE user equipment, Januar 2010, S. 5, 22 ff.). Weitere Untersuchungen werden dazu für notwendig gehalten (*Analysys Mason*, a.a.O., S. 145). Auch der Bericht von *Munday/Parker*, Field Tests Investigating the Potential Interference with Cable TV from LTE Deployment in the 800 MHz Band, erstattet im Auftrag der OFCOM, Dezember 2010, S. 4, kommt zu dem Ergebnis, dass der Kabelempfang in erheblichem Umfang gestört werden kann.

Das EMVG enthält zum Schutz von Empfangsgeräten vor funktechnischen Störungen primär Anforderungen an ihre Zulassung (§§ 1 ff. EMVG). Anders als für funktechnische Störungen, die von Geräten selbst ausgehen (§§ 13, 14 EMVG), enthält das Gesetz in § 14 Abs. 6 S. 4 für

den hier infrage stehenden Fall der Störung von Empfangsgeräten durch Frequenznutzungen nur eine unbestimmte Vorschrift:

> *„Liegen bei elektromagnetischen Unverträglichkeiten die Eingriffsvoraussetzungen nach Satz 2 nicht vor, ist die Bundesnetzagentur befugt, bei bestehenden oder vorhersehbaren Problemen in Zusammenhang mit der elektromagnetischen Unverträglichkeit an einem bestimmten Ort unter Abwägung der Interessen der Beteiligten die notwendigen Maßnahmen zur Ermittlung ihrer Ursache durchzuführen und Abhilfemaßnahmen in Zusammenarbeit mit den Beteiligten zu veranlassen. Zivilrechtliche Ansprüche bleiben unberührt."*

Ob die Vorschrift überhaupt auf die Konstellation der Störung von Empfangsgeräten aufgrund mangelnder „Störfestigkeit" eines technischen Gerätetyps anwendbar ist, ist bereits zweifelhaft, da sie auf „Unverträglichkeit *an einem bestimmten Ort*" zielt.

Dies könnte selbst im Konflikt von beispielsweise Mobilfunk und Empfangssicherheit nur eine besondere „standortspezifische" Konstellation sein. Auf einen erheblichen Teil der Konflikte wäre sie jedenfalls nicht anwendbar. Schließlich ist anzumerken, dass das TKG eine Störungsvermeidungspflicht in § 53 Abs. 2 auch für die leitungsgebundene Frequenznutzung enthält (dazu *Hahn/Hartl*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 53 Rn. 19), die nach dem TKG-E künftig entfallen soll, was von den Ländern zu Recht kritisiert wird (Stellungnahme der Länder zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen mit Stand vom 15.09.2010 für das Gespräch mit dem BMWi am 26.11.2010, S. 2/3). Des Weiteren wird in der Literatur vertreten, dass die Vorschriften über die Frequenzverwaltung im TKG beim Umgang mit und der Vorbeugung von Störungen durch den Betrieb von Geräten auf einer Nutzfrequenz als lex specialis die Vorschriften des EMVG sperren (so *Tschentscher/Pegatzky/Bosch*, K&R 2008, Beilage zu Heft 8, S. 9 ff. m.w.N.).

Im Übrigen wäre es auch nur bei besonderen Konstellationen verfassungsrechtlich unproblematisch, der BNetzA ein kaum eingeschränktes Ermessen bei der Entscheidung über Abhilfemaßnahmen einzuräumen. Die Einräumung eines solchen Ermessens wäre ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes (dazu nur *Ladeur*/*Gostomzyk*, Die Verwaltung 2003, S. 141 ff., BVerfG, NJW 1998, 2515, 2520 – Rechtschreibreform m.w.N.).

Die Frage, ob und inwieweit den Rundfunknutzern bei Störungen durch die Nutzung von neu vergebenen Frequenzen ein Entschädigungsanspruch gegen den Inhaber der Frequenz zusteht, ist weder im TKG noch im EMVG eindeutig geregelt. Auch eine Regelung zu auf Seiten der Rund-

funkveranstalter entstehenden Kosten (beispielsweise durch Informationen über Geräteumstellungen an Rundfunknutzer) ist zu treffen. Gleiches gilt für Kabelnetzbetreiber, aber auch für Verwender von Funkmikrofonen und drahtlosen Produktionsmitteln.

Eine Regelung ist deshalb erforderlich:

> *„Careful consideration needs to be given to the question of who pays for the mitigation steps taken by DTT networks.“* (*Analysys Mason*, Exploiting the Digital Dividend – A European Approach, final report, 14. August 2009, S. 143).

Sowohl im Verhältnis zu den Rundfunknutzern als auch zu den Rundfunkveranstaltern ist eine Schutzpflicht des Gesetzgebers zur Gewährleistung der technischen Grundlagen der Rundfunkverbreitung wie des Rundfunkempfangs aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 (Rundfunkfreiheit) abzuleiten (BVerfGE 12, 205, 227f. – Deutschland-Fernsehen; BVerfGE 83, 238, 323 – NRW-Urteil), die bei neuen technologischen Risiken in der Form der Verpflichtung des Verursachers zur Ermittlung von Störungen und ggf. zur Abhilfe durch Angebot technischer Alternativen etc. zu realisieren ist. Diese Verpflichtung besteht umso mehr, als digitale Dienste deshalb störungsempfindlicher sind (*Rhandawa/Parker/Antwi*, LTE Interference into Domestic Digital Television Systems, Bericht für OFCOM, Januar 2010), weil selbst leichte Anomalien anders als in analogen Diensten zu deutlich spürbaren Ausfällen führen (*Rudd*, UHF Release Spectrum. Technical Overview, OFCOM-Bericht, ohne Datum, S. 23; *Deutsche TV-Plattform*, FKT 11/2009, S. 625 ff.). Im Übrigen muss – wie gesagt – auch deutlich zwischen individuellen Kommunikationsdiensten und auf ein kontinuierliches Signal angewiesenen Rundfunkdiensten unterschieden werden.

Empfehlung:

Neuer Abs. 3 zu § 53 TKG:

> *„Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Voraussetzungen für die Entschädigung der Nutzer solcher Rundfunkempfangsgeräte zu bestimmen, deren Störung nicht durch verhältnismäßige Beschränkung der Nutzung von Sendeanlagen oder andere Festlegungen zur Frequenznutzung verhindert werden kann.“*

V. Verfahrensbezogene Fragen zur Absicherung der Belange des Rundfunks

Zunächst erfolgt eine Darstellung zur Stärkung der Beteiligungsrechte der Länder im Frequenzplanungsverfahren (dazu unter 1.). Das kann sowohl auf Ebene des Frequenzbereichszuweisungsplans als auch auf Ebene des Frequenznutzungsplans geschehen. Hinzu kommen sonstige Beteiligungsoptionen der Länder im Interesse des Rundfunks, insbesondere die Umwandlung des vielfach im TKG vorgesehenen Benehmenserfordernisses – etwa beim Frequenzwiderruf – in ein Einvernehmenserfordernis (dazu unter 2.). Anschließend geht das Gutachten auf verschiedene Varianten ein, um die Beteiligungsrechte der Rundfunkveranstalter zu gewährleisten (dazu unter 3.). Dies betrifft die Anordnung des Vergabeverfahrens, Frequenznutzungsbestimmungen, die verfahrensrechtliche Sicherung der Ermittlung von Störungen sowie die Sicherstellung von Störungsfreiheit auf Stufe der Frequenzzuteilung gem. § 55 TKG. Hinzu kommen Ausführungen zur Rolle der BNetzA bei der Überwachung der Frequenznutzung gem. § 64 TKG sowie zur Einrichtung einer Schlichtungsstelle.

1. Beteiligung der Länder im Frequenzplanungsverfahren

Die Beteiligung der Länder beschränkt sich nach § 53 TKG/TKG-E auf die „Zustimmung des Bundesrates“ zu Frequenzzuweisungen für den Rundfunk.

Die „weiteren Festlegungen“, zu denen auch die Anforderungen an die Störungsfreiheit gehören, sind davon jedoch ausgenommen. Die Veränderung im TKG-E zielt auf die Klarstellung, dass in Zukunft auch die Regelung in mehreren Verordnungen möglich sein soll. Wegen der bereits oben beschriebenen Überwirkungen zwischen den unterschiedlichen Frequenznutzungen erscheint eine Erweiterung des Zustimmungserfordernisses des Bundesrats auf alle Frequenzzuweisungen sinnvoll, wie in der Stellungnahme der Rundfunkreferenten der Länder vorgeschlagen (Stellungnahme der Länder zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen mit Stand vom 15.09.2010 für das Gespräch mit dem BMWi am 26.11.2010, S. 5 Nr. 10).

Die Länder können sie derzeit einzig über einfache Zustimmung oder Ablehnung an Entscheidungen der Frequenzallokation mitwirken, wobei fraglich ist, ob sich diese Zustimmung an Bedingungen knüpfen lässt. Gleichwohl können weder inhaltliche noch prozedurale Regelungen innerhalb des geltenden Telekommunikationsrechts erkannt werden, die eine angemessene Beteiligung der Länder sicherstellen (vgl. *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, in: Erbguth et al., FS Hoppe, 2000, S. 745, 761f. m.w.N.).

a.) Konkretisierung der rechtlichen Anforderung „Vermeidung funktechnischer Störungen“

§ 53 Abs. 2 S. 2 TKG-E verweist zur Konkretisierung der möglichen Gegenstände der „Frequenznutzungsbestimmungen“ und der darauf bezogenen Festlegungen auf Art. 9 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie).

Die Mitgliedstaaten können danach „verhältnismäßige [...] Beschränkungen für die Nutzung bestimmter Arten von Funknetzen oder Technologien [...] vorsehen“, soweit dies insbesondere

„(a) zur Vermeidung funktechnischer Störungen“

erforderlich ist.

Hier enthält das Gesetz bzw. die Richtlinie eine für den Rundfunk problematische Unbestimmtheit (vgl. VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA):

Der Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung kann sich nämlich nur auf die Rechtsfolgenseite, die zu treffende Maßnahme, beziehen, nicht aber auf die Tatbestandsseite, also die Feststellung der „funktechnischen Störung“ selbst. Die BNetzA und das VG Köln „verwischen“ gleichwohl diesen Unterschied, indem sie das planerische Moment der Frequenzverwaltung in der Gestalt des Abwägungsermessens auch auf die Gewichtung des Verhältnisses von Effizienz und Störungsvermeidung beziehen. Das würde bedeuten, dass auch der Belang der „Störungsfreiheit“ relativiert werden kann. Die Folge davon wäre, dass die Abwehr von Störungen von vornherein „weggewogen“ (*Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 371 ff.) werden könnte, bevor nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gefragt wird.

Im Zuge der planungsrechtlichen Dogmatik muss deshalb die Einstellung von „Belangen“ in den Abwägungsprozess von der Bindung an „Planungsleitsätze“ unterschieden werden, die verbindlich sind (vgl. *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 4368). Eine Gestaltungsfreiheit besteht nur bei der Suche nach den Mitteln der Durchsetzung eines Zieles, das als solches aber nicht zur Disposition steht (*Stüer*, Bauleitplanung, in: Hoppenberg/de With, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand 2008, Rn. 628; *Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2000, Rn. 371). Das Erfordernis der Störungsfreiheit muss deswegen als solcher verbindlicher Planungsleitsatz feststehen.

Allgemeine Empfehlungen zur Stärkung der Stellung der Länder in § 53 TKG:

1. In § 53 Abs. 1 S. 1 wird das Wort „nicht“ gestrichen;

2. in § 53 Abs. 1 S. 1 hinter „Festlegungen“ wird eingefügt:

   „insbesondere zur Verträglichkeit und Störungsfreiheit von Frequenznutzungen“;

§ 53 Abs. 1 S. 1 TKG vollständig:

> „Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die ~~nicht~~ der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Frequenzzuweisungen für die Bundesrepublik Deutschland, sowie darauf bezogene weitere Festlegungen, *insbesondere zur Veträglichkeit und Störungsfreiheit von Frequenznutzungen*, in einer Frequenzordnung vorzunehmen.“

3. in § 53 Abs. 2 S. 1 (wie von den Rundfunkreferenten vorgeschlagen): hinter „Funkdienst“ wird eingefügt:

   „[…] und die europäische Harmonisierung zu beachten sowie die technische Entwicklung zu berücksichtigen.“

4. in § 53 Abs. 2 S. 2 (Abstimmung auf den Vorschlag zu Abs. 1 S. 2): statt „auch“ einzufügen „weitere“

§ 53 Abs. 2 TKG vollständig:

> „Bei der Frequenzzuweisung sind die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst, *und die europäische Harmonisierung zu beachten sowie die technische Entwicklung zu berücksichtigen*. Werden im Rahmen der Frequenzzuweisung ~~auch~~ *weitere* Bestimmungen über Frequenznutzungen und darauf bezogene nähere Festlegungen betroffen, so sind Beschränkungen nur aus den in Artikel 9 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 2002/21/EG genannten Gründen zulässig; werden Beschränkungen auferlegt, gilt § 12 Absatz 1 entsprechend.“

Besondere Empfehlung zur Konkretisierung der Störungsgrenze durch Verordnung:

Die Länder sollten darauf bestehen, dass auf gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage in die Verordnung über Frequenzzuweisungen für den Rundfunk auch folgende Gegenstände aufgenommen werden:

1. Grenzwerte über die Bestimmung der „funktechnischen Störung" von Rundfunksignalen, und -empfangsgeräten sowie drahtlosen Mikrofonen aufgenommen werden (ggf. auch als Gegenstand einer „Technischen Richtlinie" der Bundesregierung, die mit Zustimmung des Bundesrates zu verabschieden wäre);

2. Anforderungen an technische Verfahren, mit deren Hilfe Störungen gemessen werden können;

3. eine Verhandlungspflicht für die Festlegung der Störverantwortlichkeit gegenüber betroffenen Rundfunkveranstaltern bzw. Rundfunknutzern sowie ein Vorbehalt der Vornahme eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts der BNetzA für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen;

4. einen Katalog möglicher Ausgleichsmaßnahmen bzw. eine Entschädigungspflicht zugunsten von Rundfunknutzern, Rundfunkveranstaltern und Kabelnetzbetreibern, aber auch Verwendern von Funkmikrofonen und drahtlosen Produktionsmitteln.

Auch diese Verordnung bedürfte – anders als in § 53 Abs. 1 S. TKG-E vorgesehen – der Zustimmung des Bundesrates. Dies würde den Ländern einen angemessenen Einfluss auf die Frequenzplanung zum Schutz der Interessen des Rundfunks eröffnen. Ein solcher Einfluss wäre verfassungsrechtlich unproblematisch, da sich auf Ebene der Gesetzgebung im materiellen Sinne (Verordnungsgebung) die Problematik der „Mischverwaltung" nicht stellt.

b.) Beteiligung der Länder an der Aufstellung des Frequenz(nutzungs)plans

Gemäß der Stufung der Frequenzplanung müssen die Interessen der Länder bzw. des Rundfunks auf allen Stufen eingebracht werden können (*Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, § 29 Rn. 11; S*cherer*, K&R 1999 Beilage 1 zu Heft 11, S. 10, 28).
Nach § 54 Abs. 1 S. 2 TKG-E wird der Frequenzplan (alte Bezeichnung: Frequenznutzungsplan) von der BNetzA aufgestellt. „Dabei beteiligt sie die betroffenen Bundes- und Landesbehörden

und die Öffentlichkeit [...]“, wozu auch die Rundfunkveranstalter zählen. Allerdings enthält § 54 Abs. 3 S. 2 TKG de lege lata eine Ermächtigung der Bundesregierung, das Verfahren zur Aufstellung dieser Pläne durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu regeln. Nach § 3 Abs. 1 S. 2 der geltenden Frequenzplanaufstellungsverordnung (FreqNPAV) enthält der die Zuweisungen konkretisierende Frequenz(nutzungs)plan ebenfalls Anforderungen an die Gewährleistung der Störungsfreiheit. Die Beteiligung der Länder beschränkt sich nach § 5 Abs. 1 FreqNPAV auf die Herstellung des „Benehmens“. Dies ist insofern nicht unproblematisch, als – selbst wenn eine erweiterte Beteiligung auf der Ebene der Frequenzzuweisungen eingeführt würde – die Abgrenzung der Ebenen nicht genau bestimmbar wäre.

Deshalb könnte eine auf der obersten Ebene der Frequenzbereichszuweisung erfolgte Gewährleistung der Störungsfreiheit für die Rundfunkübertragung möglicherweise auf der Ebene des Frequenz(nutzungs)plans nicht fortgeführt werden. Umso bedenklicher ist es, dass die FreqNPAV in Zukunft ganz wegfallen soll. Damit würden die Verfahrensanforderungen durch die BNetzA in Form von Verwaltungsvorschriften erlassen werden. Diese Änderung ist von den Ländern bereits mit guten Gründen kritisiert worden. Sie führt zu einer Schwächung der Stellung der Länder, die nicht durch die Beteiligungsrechte im Verfahren der Planaufstellung selbst kompensiert werden.

Empfehlung:

1. Sollte an der bisherigen Regelung des Verfahrens der Aufstellung des Frequenznutzungsplans festgehalten werden,

2. wäre wiederum eine Pflicht zur Gewährleistung der Störungsfreiheit (insbesondere) zugunsten des Rundfunks für den Frequenz(nutzungs)plan verpflichtend vorzugeben und insoweit auch ein Einvernehmen mit den betroffenen Ländern vorzusehen.

2. Sonstige Beteiligungsmöglichkeiten der Länder: vom Benehmen zum Einvernehmen

Das TKG enthält ebenso wie der TKG-E eine Reihe von Vorschriften, die eine Entscheidung von Bundesbehörden im „Benehmen“ mit den Ländern vorsehen: § 55 Abs. 1 S. 5 und Abs. 10 S. 2, § 57 Abs. 1 S. 1 und 6, § 57 Abs. 4, § 58 S. 3, § 60 Abs. 2 S. 2 und Abs. 4, § 63 Abs. 3 S. 2. Jeweils stellt sich die Frage, ob die Herstellung des „Benehmens“ (vgl. dazu *Holznagel et al.*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Frequenzoptimierung im UKW-Spektrum, 2007, S. 87; sowie insbes. zur unklaren Reichweite des Begriffs: *Dörr*, in: ders./Kreile/Cole, Hdb. Me-

dienrecht, 2. Aufl. 2011, F 20 m.w.N.; BayVGH, Urt. vom 09.12.2003, Az. 7 N 02.1381) durch ein Einvernehmenserfordernis abgelöst und den Ländern auf diese Weise mehr Einfluss auf das Frequenzplanungsrecht eröffnet werden könnte. Das damit rechtlich vorgesehene Zusammenwirken zwischen Bund und Ländern führt zu der Frage nach den Grenzen der sog. Mischverwaltung von Bund und Ländern. Dabei ist anzumerken, dass an dieser Stelle nicht einfach eine alte, früher zu Lasten der Länder entschiedene Frage noch einmal aufgeworfen wird. Vielmehr haben sich die Bedingungen der Frequenzplanung grundlegend zu Lasten der Länder und des Rundfunks verändert. Dies hängt mit der oben erwähnten Dynamisierung der Bedingungen der Telekommunikation im Allgemeinen und der Frequenznutzung im Besonderen zusammen. Vor allem die zunehmende Nachfrage nach Frequenzen und die Interessen des Bundes an der Erzielung von Einnahmen aus der Versteigerung von Frequenzen, die auch aus Perspektive der Bieter im Versteigerungsverfahren als „Effizienz"-Interesse erscheinen kann, wirft die Frage von Neuem auf, wie sich die Belange des Rundfunks wirksam schützen lassen. Dabei dient – wie erwähnt – der Schutz der Interessen des Rundfunks auch dem Schutz der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Dies spricht für eine Stärkung der Länder im Frequenzplanungsverfahren durch die Schaffung des Erfordernisses der Herstellung des Einvernehmens.

a.) Begriff des Benehmens

Kurz sei auf das Verständnis des „Benehmens"-Begriffs durch die Rechtsprechung (dazu unter (1)) als auch auf bisherige praktische Erfahrungen bei seiner Anwendung durch die BNetzA eingegangen (dazu unter (2)).

(1) Verständnis des „Benehmens"-Begriffs

Im Interesse der Rundfunkfreiheit besteht eine Benehmenspflicht zwischen Bund und Ländern bei Frequenzentscheidungen. Die Benehmenspflicht ist Ausdruck des Grundsatzes der Bundestreue bzw. des bundesfreundlichen Verhaltens (so bereits BVerfGE 12, 205, 239, 249). Danach sind Bund und Länder zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet (vgl S*cherer*, K&R 1999 Beilage 1 zu Heft 11, S. 10, 28 m.w.N.).

Das TKG verwendet den Begriff des Benehmens in zahlreichen Vorschriften, ohne ihn zu definieren. Zieht man das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht heran, bedeutet das Erfordernis der Herstellung des Benehmens regelmäßig, dass eine Anhörung der betreffenden Behörde stattfinden muss (*Niebler*, Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk, 2008, S. 151 m.w.N.). Dagegen wird – anders als beim Erfordernis des Einvernehmens – eine Willensübereinstimmung der beteiligten Behörde regelmäßig nicht verlangt (vgl. BVerwG, Urt. v.

29.04.1993, Az. 7 A 2/02 = NVwZ 1993, 890, 892). Gegenüber dem Einvernehmen ist das Benehmen also die schwächere Beteiligungsform, wobei sie über eine bloße Anhörung wiederum hinausgehen soll. So heißt es auch in der Begründung zu § 8 Abs. 1 Satz 3 FreqZutV, deren Regelung heute § 63 Abs. 2 Satz 3 TKG entspricht:

> *„Die Benehmensregel soll eine Fortführung der bisherigen auf Einigung abzielenden vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in Rundfunkfragen sicherstellen."* (Begründung zur FreqZutV, S. 8)

Demgemäß lässt sich das Erfordernis des Benehmens auch als „qualifizierte Anhörung" definieren (dazu BayVGH, Urt. v. 09.12.2003, Az. 7 N 02.1381). Die Benehmenspflicht soll eine „Form der Mitwirkung", eine „Einflussmöglichkeit" eröffnen, zu der auch die „Auseinandersetzung mit Erwägungen" der Beteiligten gehört (so VG Gelsenkirchen, Urt. v. 31.07.2008, Az. 4 L 764/08). Ähnlich ist auch die gesetzliche Konkretisierung des Benehmensverfahrens zu verstehen, die ein „Beteiligungsgespräch" oder eine „Erörterung" vorsieht.

(2) Praxiserfahrungen

Im Zuge der Vergabe der sog. Digitalen Dividende an Mobilfunkunternehmen wurde es notwendig, die ursprünglich im Frequenzspektrum von 790 bis 862 MHz an Rundfunkdienste vergebene Frequenzen zu widerrufen. Um dies zu bewerkstelligen, ist es gem. § 63 Abs. 2 TKG notwendig, das Benehmen mit der zuständigen Landesbehörde herzustellen. Das führte beispielsweise in Niedersachsen, Hessen und Bayern zu Konflikten, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen, insbesondere soweit dies die Anwendung des Benehmensbegriffs in der Praxis veranschaulicht:

In Niedersachsen hat die Staatskanzlei beim Entzug des Kanals K65 und der Neuzuteilung des Kanals K38 gegenüber der BNetzA ihr Benehmen qualifiziert erteilt (Schreiben Nds. Staatskanzlei vom 02.02.2010). So sollte die BNetzA im Zuge des Frequenzwiderrufs die vom Bundesrat im Zusammenhang mit der Änderung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung gefasste Entschließung beachten (BR-Drs. 204/09 (B) v. 12.06.2009, S. 1). Auch sollten hier entstehende Kosten vom Bund übernommen werden. Für den Frequenzwiderruf blieb das gleichwohl ohne Wirkung. Vielmehr wurde von der BNetzA das Benehmen als erteilt angesehen und die Frequenz entzogen: Schließlich setze die Benehmensherstellung einzig die „Gelegenheit zur Stellungnahme" voraus, ohne dass ein Einverständnis erforderlich sei. So habe die Stellungnahme der Staatskanzlei nur „zur Kenntnis genommen" und in „die Überlegungen einbezogen" werden müssen.

In Hessen wurde die Benehmensherstellung für die geplanten Frequenzwiderruf für Kanäle oberhalb von 790 MHz schlicht verweigert. So heißt es in einem Schreiben der Hessischen Staatskanzlei an die BNetzA vom 16. Februar 2010: Die Herstellung des Benehmens erfolge nach § 63 Abs. 2 TKG auf Grundlage „rundfunkrechtlicher Festlegungen". Solche Festlegungen enthalte etwa die Begleitentschließung der Länder zur Zustimmung des Bundesrates zur FreqBZPV (BR-Drs. 204/09, siehe oben). Klärungsbedarf zu diesen Festlegungen thematisierte wiederum die Hessische Staatskanzlei in vorangegangenen zwei Schreiben vom 23.04.2009 und 20.09.2009 an die BNetzA. Darin wurde darauf hingewiesen,

> *„dass das Thema „Räumung des Kanals 64" nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern Klärungsbedarf auch hinsichtlich der Realisierbarkeit etwa erforderlicher Frequenzwechsel nach sich zieht."* (Seite 1/2 des Schreibens der Hessischen Staatskanzlei v. 16.02.2009)

Trotz dieser Haltung der Hessischen Staatskanzlei wurden die Frequenzzuteilungen widerrufen.

Die Bayerische Staatskanzlei hat wiederum in einem Schreiben vom 19.02.2010 die BNetzA anlässlich des Widerrufs der Frequenznutzung durch Rundfunkdienste im Bereich 814 bis 838 MHz im Freistaat Bayern darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der konkreten Störungen immer noch offene Fragen bestünden, obwohl

> *„bereits örtlich begrenzte Modellversuche hinreichend Aufschluss geben"*

könnten. Ein Widerruf dieser Frequenzzuteilungen sei deswegen auch angesichts bereits getätigter und zukünftiger Investitionen des Bayerischen Rundfunks für die DVB-T-Verbreitung unverhältnismäßig. Auch hier wurde der Frequenzwiderruf vollzogen.

b.) Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen

Zwischen Rundfunkrecht und Telekommunikationsrecht besteht von Verfassungs wegen ein „intensives Kooperationsverhältnis" (*Trute*, in: ders./Spoerr/Bosch, TKG, 2001, Einf. III Rn. 12) – und damit zwischen Bund und Ländern. Daraus ergibt sich, dass der Grundsatz des Verbots der „Mischverwaltung" auf dieses weitere, ebenfalls verfassungsrechtlich fundierte Gebot abgestimmt werden muss – mit der Folge, dass das Letztere als das speziellere Gebot zu Relativierungen des ersteren zwingt. *Spoerr* hat das sich hier stellende komplexe Koordinationsproblem wie folgt formuliert (*ders*. in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, 2001, Einf. III Rn. 13):

> *„Das Telekommunikationsrecht bestimmt abschließend das Subjekt des Dienens, das Medienrecht bestimmt medienspezifisch, wem gedient wird."* (so auch *Ladeur,* ArchivPT 1997, 193)

Trute weist (in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 83 Rn. 37) mit Recht darauf hin, dass man unterscheiden müsse zwischen einer „kooperativen Verzahnung von Sachkompetenzen" oder einer „Kooperation, die eine wirksame Ausübung der eigenständigen Sachkompetenzen sicherstellen" soll. Dies ist bei der Abstimmung der je eigenständigen, aber durch den planerisch verbundenen Zusammenhang von Frequenzverwaltung und Rundfunkübertragung zu bejahen. Eine Verminderung des Einflusses der Länder auf die Frequenzplanung wäre nämlich gleichbedeutend mit einer Einschränkung der Verbindlichkeit der Bedarfsfeststellung des Rundfunks durch die Länder.

Vor diesem Hintergrund ist – wie oben angemerkt – zu berücksichtigen, dass das Kooperationsverhältnis zwischen beiden Materien sich dadurch verändert hat, dass weitere konkurrierende Interessen auszugleichen sind (Nutzer anderer Funkdienste), die jedenfalls materiell (wenn auch nicht formell) ein Dreiecksverhältnis aus Rundfunk, anderen Nutzern und Frequenzverwaltung gebildet haben, nachdem bisher (*Trute*, in: ders./Spoerr/Bosch, TKG, 2001, Einf. II Rn. 7) Spannungen zwischen Nutzergruppen (Rundfunk und andere) kaum aufgetreten sind. Da der Bund für den Ausgleich in diesem Dreiecksverhältnis zuständig ist, hat sich faktisch aber auch das Verhältnis zwischen Bund und Ländern dadurch verändert, dass der Bund nunmehr auch den anderen Interessen gegenüber Verpflichtungen hat. Zugleich hat er aber auch ein eigenes ökonomisches Interesse an der Verwertung von Frequenzen im Versteigerungsverfahren, während dem Rundfunk Frequenzen weitgehend kostenlos zugeteilt werden.

Diese neue Konstellation lässt es jedenfalls zu, die Beteiligungsrechte der Länder höherzustufen und an den einschlägigen Schnittstellen vom Benehmenserfordernis zum Erfordernis des Einvernehmens überzugehen.

So hat die EU-Kommission betont, dass die Vorteile der „Digitalen Dividende" nur dann „umfassend genutzt werden (können), wenn das Hauptaugenmerk unvoreingenommen auf die Ermittlung der wertvollsten Arten der Frequenznutzung gelegt wird" (vgl. KOM(2007) 700 endg., S. 5 f.). Diese sieht die Kommission grundsätzlich (ohne nähere Differenzierung) in der „elektronischen Kommunikation".

Demgegenüber hat die BNetzA in ihrem Eckpunktepapier „Für die bedarfsgerechte Bereitstellung von Übertragungskapazitäten für Rundfunk und für multimediale Dienste auf Frequenzen,

die dem Rundfunk zugewiesen sind“, vom 11.01.2006, auf S. 4, aus § 2 Abs. 2 Nr. 7 und aus § 52 Abs. 1 TKG „eine starke Gewichtung des Effizienzgedankens“ durch das TKG selbst abgeleitet.

Die BNetzA hat in diesem Papier auch die Auffassung vertreten, es müsse auch die Zuweisung von Frequenzen für den Rundfunk für „marktliche Mechanismen“ (einschließlich der Nutzung des Versteigerungsverfahrens) geöffnet werden (vgl. dagegen *Nowosadtko*, Frequenzplanungsrecht, 1999, insbes. S. 68 ff.).

Die BNetzA kritisiert die gesetzlich vorgesehene Ermittlung und Erfüllung des Bedarfs für Rundfunkfrequenzen nach den Vorgaben der Länder (ebd., S. 11) und verlangt eine Änderung. Mehrfach- und Überversorgungen einzelner Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die unverhältnismäßige Inanspruchnahme von Frequenzen für lokale und regionale Rundfunkprogramme werden ebenfalls beanstandet. Die tatsächlichen Annahmen, die dieser Wertung zugrunde liegen, werden von den öffentlich-rechtlichen Anstalten bestritten (vgl. ARD/ZDF Stellungnahme zum Eckpunktepapier, S. 11 f.; auch aus der Sicht des Privatfunks: www.privatfunk.de/anl/Akt_816a.pdf). Im Übrigen wird hier versucht, mit Hilfe des Effizienzkriteriums, das nur scheinbar „technologieneutral“ ist, die Abwertung eines Bedarfs vorzunehmen, den die dafür zuständigen Länder so ermittelt und angemeldet haben.

> *„Dieser Vorrang der Nutzung des Frequenzspektrums durch den Rundfunk ist auf den vom BVerfG entwickelten Grundsatz der dienenden Funktion der Telekommunikationsordnung gegenüber dem Rundfunk zurückzuführen. Das BVerfG hat im Übrigen anerkannt, dass die Vergabe knapper Übertragungsmöglichkeiten grundrechtlich relevant ist, weil sie in besonderem Maße auf die Verteilung von Zugangs- und Empfangschancen einwirkt [...]“* (so zu Recht die ARD/ZDF Stellungnahme zum Eckpunktepapier, S. 8; vgl. nur BVerfGE 73, 118, 182; 83, 238, 322 ff.).

(1) Bestimmung des Frequenzbedarfs durch die Länder

> *„Da die Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen vor der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nicht Halt macht, erweist sich die Zuständigkeitsverteilung in eine (sic!) Bundeskompetenz für technische Regulierung und eine Länderzuständigkeit für die Inhalte als eine der größten verfassungsrechtlichen Herausforderungen der Informationsgesellschaft. Speziell im Hinblick auf die Frequenzplanung ist mitunter die Rede vom ‚Spannungsgebiet' des kooperativen Föderalismus.“*
> (*Zagouras*, CR 2006, 819, 820f.)

Diese Aussage erscheint übertrieben, sie weist aber mit Recht auf die mit der Digitalisierung einhergehende Veränderung des Verhältnisses von Telekommunikation und Rundfunk hin. Beide Materien sind stärker füreinander durchlässig geworden, nachdem auch im Bereich des Frequenzplanungsrechts immer wieder „rein technisch" erscheinende Entscheidungen über Frequenznutzungen und insbesondere deren Intensivierung mittelbar auch Auswirkungen auf die Qualität und die Reichweite der Programme des öffentlich-rechtlichen wie des privaten Rundfunks haben können. Dies ist ein Grund mehr, warum jedenfalls im Grenzbereich von Rundfunk- und Telekommunikationsrecht nicht mehr von einem strikten Verbot der „Mischverwaltung" ausgegangen werden darf.

Dass dieses Verbot schon bisher durch Regelungen des TKG für Kooperationsformen geöffnet worden ist, lässt sich schon an der Grundkonstellation der „Anmeldung des Frequenzbedarfs" der Länder für Rundfunkzwecke zeigen: Die Bestimmung des Bedarfs an Frequenzen wird hier auf die Länder übertragen, obwohl es sich auch um eine Angelegenheit der Frequenzverwaltung des Bundes handelt, die durch diese Vorgaben in ihrer Dispositionsfreiheit beschränkt wird. Gleiches gilt auch für den Fall der Umnutzung nach §§ 57 Abs. 1 S. 3, 60, 62, 63 TKG: Hier wird wiederum in umgekehrter Richtung die Versorgung der Rundfunkveranstalter mit Frequenzen und damit auch die Feststellung des Bedarfs durch die Länder berührt.

Es ist nicht sinnvoll, an dieser Stelle durch eine bestimmte Sprachregelung („Bedarfsanmeldung") das Tabu der „Mischverwaltung" zu achten, zugleich aber der Sache nach eine Regelung zu treffen, die sich auf den nicht hintergehbaren Zwang zur administrativen Kooperation einlässt. Stattdessen könnte auch die Formulierung in § 57 Abs. 1 TKG (Benehmen) stärker auf Feststellung eines Bedarfs des Rundfunks und statt des Erfordernisses des Benehmens (Vorschlag des Bundes – wie bisher) oder des Einvernehmens (Vorschlag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) etwa verlangen, dass die Länder in der Konstellation dieser Norm auf Vorschlag der BNetzA zu prüfen haben, ob der angemeldete Frequenzbedarf des Rundfunks durch die Umwidmung einer Frequenz gefährdet wird und das Ergebnis dieser Prüfung für bindend erklären. Der Sache nach ist dies nichts Anderes als das „Einvernehmenserfordernis", aber der Schein der strikten Trennung und Trennbarkeit der Kompetenzen von Bund und Ländern würde gewahrt. Die stärkere Durchdringung telekommunikationsrechtlicher Verknüpfung telekommunikationsrechtlicher und rundfunkrechtlicher Fragen kann allerdings nicht zu einer Stärkung des Einflusses des Bundes auf rundfunkrechtliche Entscheidungen der Länder führen. Vielmehr bedeutet dies, dass umgekehrt den Ländern ein größerer Einfluss auf telekommunikationsrechtliche Fragen zusteht, die rundfunkrechtliche Folgen haben können.

Dies zeigt auch noch einmal, dass die Frage nach den Grenzen der „Mischverwaltung“ hier in die Irre führt: Letztlich geht es allein um die Frage, wer den Frequenzbedarf des Rundfunks feststellt. Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann es darauf nur eine Antwort geben: die Länder. Die Frage, ob dies auch durch das Erfordernis des Einvernehmens gesichert wird, kann deshalb nicht im Rekurs auf das Dogma des Verbots der Mischverwaltung geklärt werden. Die Kompetenzvermutung zugunsten der Länder, und das heißt hier für das Rundfunkrecht und die Rundfunkverwaltung, hat hier als der speziellere Grundsatz den Vorrang.

(2) Staatsfreiheit des Rundfunks – technische Dimension

Das BVerfG hat in seinem 4. Rundfunkurteil u. a. prozedurale Konsequenzen aus dem Gebot der Staatsfreiheit für den Fall gezogen, dass programmbezogene staatliche Entscheidungen (mehr oder weniger zwangsläufig) auf der Grundlage wertausfüllungsbedürftiger Begriffe getroffen werden müssen (BVerfGE 73, 118, 183). Solche Entscheidungen (Zulassung privater Rundfunkveranstalter, Programmaufsicht etc.) dürfen nicht unmittelbar von einer staatlichen Behörde getroffen werden. Auf dieser Grundlage sind die staatsfrei organisierten Landesmedienanstalten gebildet worden. Dies gilt auch für Entscheidungen, die mittelbar auf die Programmgestaltung einwirken können (BVerfGE 83, 238, 324; *Zagouras*, CR 2006, 819, 821); dazu gehört auch die Entscheidung über die Aufteilung von Frequenzen zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privaten Rundfunk. Die „Bedarfsanmeldungen“ (*Wegmann*, in: Säcker, TKG, 2006, § 57 Rn. 10) der Länder und damit deren „Staatlichkeit“ ist nur deshalb unproblematisch, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Länder ihrerseits auf rundfunkrechtlicher Grundlage eine Bedarfserhebung vornehmen und dabei die Einhaltung des Rücksichtsnahmegebots gegenüber anderen als rundfunkrechtlichen Bedürfnissen und gegenüber den Interessen des Bundes gewährleisten. Dies ist aber nicht in allen Ländern rundfunkrechtlich geregelt.

c.) Verhältnis von Einvernehmen und Bedarfsfeststellung

(1) Gebot der Rücksichtnahme im Landesrecht

Das Beispiel des Hessischen Privatrundfunkgesetzes (HPRG) zeigt, dass die Länder auf die effiziente Nutzung der Frequenzen in einem rundfunkgerechten Verfahren angewiesen sind, das auf die Autonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, der privaten Rundfunkveranstalter und der Landesmedienanstalten Rücksicht nimmt, auf den Abbau von Über- und Doppelversorgung achtet und den geltend gemachten Frequenzbedarf begründet (§ 3 Abs. 5 HPRG). Dabei wirkt das Land auch darauf hin, dass Frequenzen ökonomisch genutzt werden, ohne dass es aber eine einseitige Festlegung des Bedarfs vornehmen dürfte. Damit nehmen die Länder, oder hier

das Land Hessen, auch eine Pflicht aus der Bundestreue wahr. Der Bund kann seinerseits auch keine einseitige Beurteilung der Effizienz der Frequenznutzung durch Rundfunkveranstalter vornehmen. Diese Norm zeigt, dass Rundfunkrecht und Telekommunikationsrecht hier auf eine neue Weise kooperieren, die dem Aufstieg des Planungsdenkens in der Frequenzverwaltung einerseits und dem Ineinandergreifen von Telekommunikation und Rundfunk andererseits entspricht.

§ 3 HPRG Zuordnung von Frequenzen

(1) Die Zuordnung der dem Land zustehenden freien terrestrischen Frequenzen an den Hessischen Rundfunk, das Zweite Deutsche Fernsehen, das Deutschlandradio und die Landesanstalt (Bedarfsträger) erfolgt nach Maßgabe der Abs. 2 bis 9. Hinsichtlich der Zuordnung von drahtlosen Übertragungskapazitäten für bundesweite Versorgungsbedarfe findet § 51 Abs. 2 bis 6 des Rundfunkstaatsvertrages Anwendung; für die Belegung der Kabelanlagen gelten die §§ 42 und43.

(2) Durch die Zuordnung der freien Frequenzen sind

1. *die Grundversorgung des Landes Hessen durch den Hessischen Rundfunk, das Zweite Deutsche Fernsehen und - stufenweise - das in Köln veranstaltete Programm Deutschlandradio zu gewährleisten,*
2. *diese Programme durch Programme privater Rundfunkveranstalter publizistisch wirksam zu ergänzen,*
3. *Versorgungslücken bestehender Programme zu schließen und Modellversuche nach § 67a zu ermöglichen.*

Durch die Zuordnung freier Frequenzen soll auch die Digitalisierung bisher analog genutzter Frequenzen gefördert werden.

(3) Stehen dem Land freie Frequenzen zur Verfügung, wirkt die oberste Landesbehörde darauf hin, dass sich die in Betracht kommenden Bedarfsträger über die Zuordnung nach Maßgabe des Abs. 2 einigen. Die oberste Landesbehörde ordnet die Frequenzen entsprechend der Einigung zu.

(4) Kommt eine Einigung nach Abs. 3 Satz 1 nicht zustande, entscheidet die Landesregierung über die Zuordnung nach Maßgabe des Abs. 2.

(5) Die oberste Landesbehörde wirkt darauf hin, dass die Bedarfsträger die ihnen zustehenden Frequenzen möglichst ökonomisch einsetzen. Sie unterstützt die Bedarfsträ-

ger darin, durch einen Abbau von Doppelversorgungen öffentlich-rechtlicher und privater Hörfunkprogramme vorhandene Frequenz-Ressourcen besser auszunutzen. Zur Vorbereitung einer Zuordnung neuer Frequenzen soll der Bedarfsträger, der die Zuordnung einer Frequenz begehrt, nachweisen, dass diese Frequenz zur Verbesserung einer andernfalls unzureichenden Versorgung erforderlich ist.

(6) Die oberste Landesbehörde stimmt Frequenz- und Senderstandortverlagerungen im Interesse der ökonomischen Nutzung von Frequenzen mit den betroffenen anderen Ländern ab. Sie stellt hierbei das Benehmen mit den Bedarfsträgern her.

Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass es wegen der Konvergenz von Telekommunikation und Rundfunk die Entscheidung über den Frequenzbedarf des Rundfunks ein neues Verfahrens zur Feststellung des Frequenzbedarfs erforderlich sein könnte, so könnte dies nur ein Verfahren sein, das die Länder einrichten

Man könnte sich auch vorstellen, hier auf der Landesebene eine unabhängige oder paritätisch (mit einem neutralen Vorsitzenden) besetzte Kommission vorzusehen, die in Streitfällen eine „sachverständige Feststellung“ trifft, die nicht rechtlich bindend wäre, aber doch aufgrund des Sachverstandes oder der Ausgewogenheit ihrer pluralistischen Zusammensetzung eine faktische Bindung wie ein Sachverständigengutachten erzeugen würde, von dem die Landesbehörde und auf dieser Grundlage die BNetzA nur aus besonderen, letztlich gerichtlich überprüfbaren Gründen abweichen könnte.

Alle Länder haben in der Präambel zum Rundfunkstaatsvertrag ihre Bereitschaft erklärt, am Abbau von Mehrfach- und Überversorgung mit Rundfunkfrequenzen mitzuwirken (dazu *Holznagel*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, Präambel RStV Rn. 6). Diese Entschließung, von der die Länder auch zuletzt im Rahmen des 13. RÄStV nicht abgerückt sind, dient zwar zunächst in erster Linie der Prüfung, ob Frequenzen von den öffentlich-rechtlichen Anstalten zu privaten Rundfunkveranstaltern verlagert werden können.

(2) Verhältnis Einvernehmen (prozedural) und Bedarfsfeststellung (materiell)

Der Sache nach bedeutet das Erfordernis des „Einvernehmens“ der Länder aber nichts Anderes als die Sicherstellung der Angemessenheit der Bewertung des Verhältnisses zwischen Rundfunkinteresse und ökonomischer Effizienz: Es ist nur die prozedural einfachere Variante der Feststellung der Länder, dass Rundfunkinteressen nicht gefährdet sind, nicht aber eine Beteiligung der Länder an einer Entscheidung der Frequenzverwaltung des Bundes, die unter dem Gesichtspunkt

des Verbots der „Mischverwaltung“ bedenklich sein könnte. Dies zeigt auch die Regelung der FrequenznutzungsplanaufstellungsVO in § 5 Abs. 1 S. 1 und 2: Danach ist zunächst auf der Verfahrensebene im Hinblick auf den zur Stellungnahme durch die Beteiligten (§ 6) zu veröffentlichenden Teilplan das „Benehmen“ mit den zuständigen Landesbehörden herzustellen (also verfahrensrechtlich ohne Zustimmungserfordernis). Demzufolge besteht aber auf der materiell-rechtlichen Ebene eine Bindung an das – nicht zur Abwägung stehende – Ziel der Sicherstellung der Versorgung des Rundfunks mit den Frequenzen, die aufgrund der rundfunkrechtlichen Festlegungen die ihm „zustehenden Kapazitäten“ ermöglichen. Insoweit besteht – dies sei noch einmal betont – eine materiell-rechtliche Bindung der BNetzA. Daran ist die Komplementarität oder die Austauschbarkeit von formaler und materiell-rechtlicher Bindung des Bundes an die Festlegung des Frequenzbedarfs des Rundfunks zu erkennen. Diese Konstellation demonstriert darüber hinaus noch einmal, dass im Verhältnis von Rundfunkkompetenzen der Länder und der Kompetenz des Bundes für die Telekommunikation die formale Frage nach den Grenzen der „Mischverwaltung“ das zentrale Problem verfehlt: Der Bund ist immer an den „Versorgungsbedarf“ (§ 57 Abs. 1 S. 2 TKG) der Länder gebunden (vgl. nur *Göddel*, in: Beck’scher Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2006, § 57 Rn. 3: „verbindliche Angabe“). Diese Bindung ist zunächst materiell-rechtlicher Natur. Wenn nun aber die Länder ihr „Einvernehmen“ erklären müssen, so ändert das an der Verteilung der Verantwortung nur wenig. Damit wird nur die materiell-rechtliche Bindung durch ein verfahrensrechtliches Erfordernis des „Einvernehmens“ verstärkt. Ggf. müssten die Länder sonst etwa im Klagewege (§ 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) die Feststellung begehren, dass der Bund die Festlegung des Frequenzbedarfs des Rundfunks missachtet hat. Dies zeigt, dass es hier um die Abstimmung von sich überlappenden Kompetenzen geht, nicht aber um eine Beteiligung an der Bundesverwaltung.

Es wäre denkbar, diesen Zusammenhang ausdrücklich zum Gegenstand der gesetzlichen Regelung zu machen und etwa die Verweigerung des Einvernehmens davon abhängig zu machen, dass das betroffene Land (oder eine Mehrheit von betroffene Ländern einstimmig) feststellt, dass die Erfüllung des Bedarfs des Rundfunks durch die Umwidmung gefährdet wird. Auf der Grundlage des gegenwärtig geltenden oder des künftigen Rechts trifft letztlich die BNetzA diese Feststellung und nimmt damit zugleich eine Wertung vor, die der Sache nach das Rundfunkrecht tangiert. Das gilt zumindest dann, wenn das Verfahren zur Herstellung des Benehmens erfolglos bleibt – also die zuständigen Länder der Auffassung sind, dass eine Gefährdung von Belangen des Rundfunks droht (Nichterfüllung des Bedarfs, unzumutbarer technischer oder Marketing-Aufwand für Frequenzwechsel, Qualitätsminderung etc.). Damit geht es auch um einen Gegenstand des Rundfunkrechts und der Gewährleistung der technischen Grundlagen der „positiven Ordnung“ des Rundfunks, für die die Länder zuständig sind.

(3) Überprüfung der „Bedarfsanmeldung“ durch den Bund?

Der Bund kann die Bedarfsanmeldungen ex ante grundsätzlich nicht überprüfen, es sei denn, es würde eine willkürliche und offensichtliche „Überversorgung“ verlangt werden. Die Feststellung von „Überversorgung“ ist aber ebenso wie die Feststellung des „Bedarfs“ zwar keine rundfunkrechtliche Entscheidung i. e. S. wie die unmittelbar inhaltsbezogenen Regulierungsentscheidungen (Zulassung, Organisation, Aufsicht etc.), aber doch so sehr auf die inhaltliche Seite des Rundfunks bezogen, dass sie in die Kompetenz der Länder fallen muss. Es wäre äußerst widersprüchlich, den Ländern die Feststellung des Bedarfs zuzuordnen, aber dessen Begrenzung nach oben („Überversorgung“) dem Bund vorzubehalten. Dies wäre verfassungsrechtlich unhaltbar. Die BNetzA darf aufgrund des notwendigen Kooperationsverhältnisses zwischen Telekommunikation und Rundfunk dazu eine Position vertreten und den Ländern Vorschläge machen, eine bindende Entscheidung darf sie aber aus verfassungsrechtlichen Gründen dazu nicht treffen. Deshalb ist die jetzige Regelung der Abweichung von den im Frequenzplan enthaltenen Festlegungen in § 58 Abs. 2 TKG verfassungsrechtlich insofern bedenklich, als die Feststellung, dass keine „Belange“ des Rundfunks durch Beeinträchtigung der Frequenznutzung betroffen sind, letztlich allein von der BNetzA abhängt, weil insofern nur das „Benehmen“ mit den Ländern hergestellt werden muss. Gleiches gilt für § 54 Abs. 1 S. 1 TKG, der die Festsetzung der Nutzungsbestimmungen im „Frequenzplan“ durch die BNetzA nur unter „Beteiligung der „betroffenen […] Landesbehörden“ vorsieht, wenn nicht auf der höheren Ebene – wie hier vorgeschlagen – in allgemeiner Form in einer Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates die wesentlichen Bedingungen bereits vor die Klammer gezogen werden.

Dass der Gesetzgeber der Kooperation von Frequenzverwaltung und Rundfunkregulierung durchaus einen besonderen, letztlich verfassungsrechtlich begründeten Rang zugemessen hat, der im Einzelnen auch eine Zurücksetzung des Grundsatzes der Vermeidung von „Mischverwaltung“ rechtfertigen kann, geht – wie schon erwähnt – aus der Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 3 TKG hervor. Danach kann die BNetzA „nach Anhörung der betroffenen Kreise Frequenzbereiche zum Handel, oder zu kooperativen, gemeinschaftlichen Nutzung (Frequenzpooling) freigeben“. Dafür legt sie die „Rahmenbedingungen und das Verfahren“ fest (Abs. 1 S. 2). Damit erhält sie eine weitreichende Kompetenz zur Flexibilisierung der Frequenznutzung.

Zum Ausgleich für die damit mögliche Überwirkung der Entscheidungen der BNetzA in den Funktionsbereich des Rundfunks durch Flexibilisierung der Nutzung der dem Rundfunk zugewiesenen Frequenzen schreibt Abs. 2 S. 3 vor, dass eine solche Entscheidung des „Einvernehmens mit der nach Landesrecht zuständigen Stelle“ bedarf. Hier haben wir also bereits in der jetzt geltenden Fassung des TKG (die der TKG-E nicht ändern will) einen Fall, der nach der her-

kömmlichen Betrachtungsweise als Fall einer „Mischverwaltung“ von Bund und Ländern eingeordnet werden müsste. Dazu wird nach h.M. bekanntlich nicht nur die nach außen erfolgende gemeinsame Entscheidung von Bund und Ländern gezählt, sondern auch die wechselseitige Abhängigkeit der Entscheidung der beiden Seiten nach innen (vgl. nur die Übersicht bei *Lerche*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, 60. Erg.-Lieferung 2010, Art. 83 Rn. 85). Das wäre also der Fall des „Einvernehmenserfordernisses“ nach § 62 Abs. 2 S. 3 TKG.

d.) Verbot der Mischverwaltung im Frequenzplanungsrecht?

Aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen zur „Mischverwaltung“ zwischen Bund und Ländern ergibt sich darüber hinaus Folgendes:

Das grundsätzliche Verbot der sog. Mischverwaltung wird in Rechtsprechung (vgl. nur BVerfG, NVwZ 2008, 183, 186 – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften; BVerfGE 63, 1, 41 – Schornsteinfegergesetz; BVerfG, Beschl. v. 27.06.2002, Az. 2 BvF 4/98, juris-Rn. 81 = BVerfGE 106, 1 ff. – „Aufgabenübertragung Oberfinanzdirektion") und Literatur (*Grawert*, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 107 und passim; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 6. Aufl. 2010, Art. 83 Rn. 31 ff.; *Wißmann*, in: Hoffmann-Riem et al., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 15 Rn. 27; *Blümel*, in: HStR IV, 2. Aufl. 1990, § 101 Rn. 121 f.) aus der in den Art. 82 ff. GG enthaltenen Verteilung und Zuordnung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern abgeleitet: Grundsätzlich sei die Verwaltung des Bundes und der Länder organisatorisch und prozedural voneinander getrennt (*Küchenhoff*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, 2010, S. 136 f.). Ein Zusammenwirken von Bund und Ländern, insbesondere die Aufsicht des Bundes über die Landesverwaltung, sei nur soweit zulässig, wie dies ausdrücklich im Grundgesetz vorgesehen sei.

Gleichwohl ist das Verbot der Mischverwaltung keine Regel ohne Ausnahme. Vielmehr handelt es sich um ein „Prinzip“, das in besonderen Fällen durchbrochen werden darf, wenngleich dies wiederum rechtfertigungsbedürftig sein soll (dazu nur *Wißmann*, in: Hoffmann-Riem et al., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 15 Rn. 27). Auch deswegen soll eine Abweichung vom Grundsatz des Verbots der Mischverwaltung nach der Rechtsprechung des BVerfG nur in einer „eng umgrenzten Verwaltungsmaterie“ zulässig sein (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 183, 186 – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften; BVerfGE 63, 1, 41 – Schornsteinfegergesetz). Eine solche „eng umgrenzte Verwaltungsmaterie“ ist aber grundsätzlich zu bejahen, wenn einzig der Schutz der Interessen des Rundfunks bei der Ausübung der Telekommunikationskompetenz des Bundes in Rede steht.

Weiter wird unter bundesstaatlichen Gesichtspunkten gemeinhin nach der Richtung der „Vermischung“ von Kompetenzen unterschieden. Vielfach wird angenommen, dass eine Ingerenz des Bundes in die Ausübung von Verwaltungskompetenzen der Länder bedenklicher wäre als eine Beteiligung der Länder an der Bundesverwaltung (vgl. den Überblick bei *Küchenhoff*, a.a.O., S. 144). Aus diesem Grund hat das BVerfG in einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung die Ingerenz des Bundes über wegerechtliche Fragen (die in die Kompetenz der Länder fallen) für unzulässig erklärt (BVerfGE 108, 169, 181 – § 50 Abs. 4 TKG 1996).

Auch ist zu sehen, dass die Länder ihre Kompetenzen im Bereich des Rundfunks nur angemessen wahrnehmen können, wenn die Frequenzverwaltung des Bundes in ausreichendem Maße und in ausreichender Qualität Senderessourcen zur Verfügung stellt. Nicht zuletzt sind Frequenzen eine conditio sine qua non für den Rundfunk (vgl. *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rn. 289 m.w.N.). Hier berührt die Bundesverwaltung zwangsläufig Kompetenzen der Länder. Die Wahrnehmung dieser Kompetenz wird im Übrigen durch die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten des Bundes (gegenüber den Ländern) abgesichert (vgl. BVerfGE 12, 205, 249 – Deutschland Fernsehen; *Schulz/Vesting*, Frequenzmanagement und föderale Abstimmungspflichten, 2000, passim). Außerdem muss – was in der Literatur teilweise nicht beachtet wird – das föderale Schutzinteresse des Verbots der Mischverwaltung von allgemeinen (rechtsstaatlichen) Anforderungen an die Eindeutigkeit der Zuordnung von Verwaltungskompetenzen unterschieden werden.

e.) Erfordernis des „Einvernehmens“ im TKG, § 62 Abs. 2 S. 3 TKG

Die Bundesregierung hat den ursprünglichen Entwurf des § 62 Abs. 2 TKG auf Vorschlag des Bundesrates (vgl. BT-Drs 15/2316, S. 118 – zunächst § 60) um den Satz 3 ergänzt, der die Entscheidung über die Rahmenbedingungen und das Verfahren, soweit Frequenzen betroffen sind, die für Rundfunkdienste vorgesehen sind, vom „Einvernehmen mit der nach Landesrecht zuständigen Stelle“ abhängig macht. Dazu weist die Entwurfsbegründung darauf hin, dass hier nach Auffassung des Bundesrates eine Gefahr der vertikalen Medienkonzentration bestehe. Dies zeigt, dass Bundesrat, Bundesregierung und schließlich durch den Gesetzesbeschluss der Bundestag, die Überwirkungen zwischen Telekommunikationsrecht und Medienrecht als Begründung für die Schaffung einer Variante der „Mischverwaltung“ anerkannt haben. Dies geschah auch zu Recht, weil sonst medienrechtliche Entscheidungen der Länder unterlaufen werden könnten. Über den Fall hinaus wird hier deutlich, dass – wie öfter im Gesetz – vor allem aufgrund der durchlässig werdenden Grenzen zwischen Telekommunikation und Rundfunk Kooperationsverhältnisse zwischen Telekommunikations- und Rundfunkrecht erforderlich werden (vgl.

etwa zur „kompetenzrechtlich begründeten Regelungsdualität“ bei § 48 TKG *Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 48 TKG Rn. 19).

Wegen des hohen Rangs der Gewährleistung der technologischen Infrastruktur der „positiven Ordnung“ des Rundfunks bedeutet dies aber eher eine Verstärkung der Beteiligungsrechte der Länder bei telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen des Bundes, während es in der umgekehrten Richtung dort, wo es um die Gewährleistung der Effizienz der Nutzung der Frequenzen, also ein (nach der weitreichenden Ausstattung der Mobilkommunikation mit Übertragungsressourcen) primär wirtschaftliches Interesse privater Anbieter von Individualkommunikation oder die Verwertungsinteressen des Bundes geht. Die Stärkung der Mitwirkungsrechte der Repräsentanten des Rundfunks (Länder und Rundfunkveranstalter selbst) dient der Absicherung der „positiven Ordnung“, der Vielfalt des Rundfunks, und ist damit der Primärebene der abwägungsfesten Planungsleitsätze (Versorgung des Rundfunks mit Übertragungsressourcen und Sicherstellung der Störungsfreiheit) zuzuordnen, während die Sicherstellung der Effizienz gegenüber dem Rundfunk (nicht schlechthin gegenüber allen Interessen) nur auf der Sekundärebene eines Rücksichtnahmegebots von Bedeutung ist.

(1) Umsetzung im Einzelnen

Eine Kompetenzverteilung, die es dem Bund ermöglichen würde, Verwaltungskompetenzen der Länder zu übergehen, kann nicht als Ziel des Verbots der „Mischverwaltung“ angesehen werden. In den meisten Fällen, in denen ein Bezug auf das Verbot erfolgt, geht es um ein klares Exklusivverhältnis: Entweder ist der Bund zuständig oder die Länder sind es. Hier würde eine strikte Beachtung des Verbots zu einer Verkürzung von Kompetenzen führen, die den Ländern kraft Verfassungsrecht zustehen.

Für die Konkretisierung der Einflussnahmeoptionen, um die Interessen des Rundfunks zu wahren, sind verschiedene Ebenen denkbar. Durch Verschiebung der allgemeinen Anforderungen an die Störungsfreiheit auf eine „höhere“ planungsrechtliche Ebene könnten Einwände, die aus dem Verbot der Mischverwaltung abgeleitet werden, ganz ausgeräumt oder weiter entkräftet werden:

(2) Verordnungen

Es ist nicht selbstverständlich, dass dem Bundesrat durch Gesetz das Recht auf Zustimmung zu Verordnungen der Bundesregierung (oder eines Bundesministers) eingeräumt werden kann. Auch dazu bedarf es einer Grundlage im Grundgesetz. Die Frage ist ausdrücklich in Art. 80 Abs. 2 GG geregelt. Dort sind einige Fälle aufgezählt, in denen Verordnungen einer solchen Zu-

stimmung bedürfen. Dazu würde die vorgeschlagene Verordnungsermächtigung nicht gehören. Der Gegenstand der Regelung der „Störungsfreiheit“ kann nicht zu den „Grundsätzen [...] der Telekommunikation“ gerechnet werden, die durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates geregelt werden können. Nach Art. 80 Abs. 2 GG bedarf die gegenständliche Beschränkung des Erfordernisses einer Zustimmung des Bundesrates zu Rechtsverordnungen des Bundes nur „vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung“. Daraus ergibt sich, dass der Bundesgesetzgeber weitere Fälle vorsehen kann, in denen eine Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden kann (*Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2011, Art. 80 Rn. 18 – allgemeine Meinung). Ob dieser Vorbehalt wiederum in teleologischer Hinsicht einschränkend interpretiert werden muss, damit nicht der Bundesrat auf diese Weise einen zu weitreichenden Einfluss auf materielle Bundesgesetzgebung erhält, kann offen bleiben. Hier geht es um eine Konstellation, deren Bedeutung für die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG) nur von untergeordneter Bedeutung ist.

Daraus folgt, dass es verfassungsrechtlich zulässig ist, die hier vorgeschlagene Verordnung zur Konkretisierung des Begriffs der „Störungsfreiheit“ von der Zustimmung des Bundesrates abhängig zu machen. Der Bundesgesetzgeber hat in § 53 TKG/TKG-E (vgl. dazu den Überblick von *Heun*, CR 2011, 152, 162) ebenfalls schon von dieser Möglichkeit für Verordnungen Gebrauch gemacht, die Frequenzen dem Rundfunk zuzuweisen.

(3) Frequenznutzungsplan

So ließe sich beispielsweise die Konkretisierung von Frequenznutzungsbestimmungen auch im Frequenznutzungsplan (künftig: Frequenzplan) vornehmen. Folglich wäre eine Erweiterung um allgemeine Anforderungen an die Störungsfreiheit denkbar, die sozusagen vor die Klammer gezogen würden. Auch der Frequenzplan ist der "autonomen Rechtsetzung der Verwaltung" zuzuordnen (*Spoerr*, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, 2001, § 46 Rn. 1). Er hat keine unmittelbare Außenwirkung.

(4) Allgemeinverfügung

Vergleichbares gilt für die Form der „Allgemeinverfügung“ bzw. Entscheidung der Präsidentenkammer, in der nach der gegenwärtigen Rechtslage (§ 61 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 TKG) die Nutzungsbestimmungen festgelegt werden. Auch diese Entscheidungsform liegt auf der Grenze zwischen Rechtsnorm und Einzelentscheidung (*Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 399). So ist auch in diesem Bereich eher eine Ausnahme vom „Verbot der Mischverwaltung“

denkbar, da es nicht um eine Einzelfallentscheidung ginge, selbst wenn diese Allgemeinverfügung der Bestandkraft fähig ist. Weiter wird durch den Erlass von Verwaltungsrichtlinien – wie bereits zur Einführung einer „Technische Richtlinie“ ausgeführt – das „Verbot der Mischverwaltung“ grundsätzlich nicht verletzt.

(5) Verwaltungsvorschriften

Auch der Erlass von Verwaltungsvorschriften des Bundes mit Zustimmung des Bundesrates ist nicht selbstverständlich: Verwaltungsvorschriften werden von der Verwaltungsbehörde erlassen, deren Vollzugsaufgaben durch diese Vorschriften gestaltet werden sollen (vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 24 Rn. 1 f.). Dies wäre also der Bund. Das Grundgesetz sieht die Form der Verwaltungsvorschriften mit Zustimmung des Bundesrats ausdrücklich in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 GG vor. Dies betrifft aber Fälle der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder; dieser Fall ist hier nicht gegeben. Nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 86 S. 1 GG erlässt im Übrigen die Bundesregierung die Verwaltungsvorschriften für die Bundesverwaltung, „soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt“. Das bedeutet, dass auch hier das Gleiche gilt wie für die Rechtsverordnungen des Bundes: Durch Bundesgesetz könnte ein Zustimmungsvorbehalt auch für Verwaltungsvorschriften eingeführt werden. Auch hier ist im Grundsatz möglicherweise eine teleologische Reduktion der Anwendung dieser Norm erforderlich, soweit dadurch die Möglichkeit geschaffen werden könnte, die Gestaltung der Bundesverwaltung durch die Bundesregierung zu unterlaufen. Auch dies kann aber vorliegend offen bleiben, da ein solcher Vorbehalt hier nur einen Gegenstandsbereich von ganz geringer Bedeutung für die Gestaltung der Telekommunikationsverwaltung betrifft.

Daraus folgt, dass es auch verfassungsrechtlich zulässig wäre, den Erlass einer „Technischen Richtlinie“ als Verwaltungsvorschrift von einer Zustimmung des Bundesrates abhängig zu machen.

(6) Ausgestaltung des „Einvernehmens“

Weiter könnten die Anforderungen, die Gegenstand des Einvernehmens sein sollen, genauer als rechtliche Grenze des Beurteilungsspielraums der BNetzA bestimmt werden: Einvernehmen wäre dann herzustellen, wenn die Belange des Rundfunks gewahrt sind, wobei bestimmte Darlegungs- bzw. Beweispflichten auch den Bund selbst treffen könnten. Wann dies gegeben ist, ist für jede TKG-Norm im Einzelnen zu bestimmen (siehe im Überblick unten). Damit wäre zugleich der Einwand entkräftet, mit der Einführung des Einvernehmensbegriffes in das TKG

bestünde die Gefahr, den Bund in seiner Kompetenzausübung (willkürlich) zu behindern (vgl. dazu *Jenny*, in: Heun, Hdb. TK-Recht, 2002, Teil 2 Rn. 30).
Beispielsweise lautet § 55 Abs 5, S. 2 TKG-E:

> „*Eine Frequenzzuteilung kann ganz oder teilweise versagt werden, wenn die vom Antragsteller beabsichtigte Nutzung mit den Regulierungszielen nach § 2 nicht vereinbar ist. Sind Belange der Länder betroffen, ist auf der Grundlage der rundfunkrechtlichen Festlegungen das Benehmen mit der zuständigen Landesbehörde herzustellen*"

Wegen der größeren Komplexität der Abstimmung zwischen verschiedenen Frequenznutzungen wäre eine Ersetzung des Benehmenserfordernisses durch das Erfordernis des Einvernehmens (oder die Einräumung eines „Einspruchsrechts") erforderlich, damit die Vermeidung einer Störung des Rundfunkempfangs bzw. die Regelung der Verantwortung für die Störungsbeseitigung („Verursacherprinzip") in Form einer Bedingung oder Auflage vorgesehen wird. Dies müsste – siehe oben – im Gesetz genauer ausgestaltet werden.

Empfehlung:

§ 55 Abs 5 S. 2 TKG-E sollte lauten:

„Eine Frequenzzuteilung kann ganz oder teilweise versagt werden, wenn die vom Antragsteller beabsichtigte Nutzung mit den Regulierungszielen nach § 2, ***einschließlich des Planleitsatzes der Störungsfreiheit,*** *nicht vereinbar ist. Sind Belange der Länder betroffen, ist auf der Grundlage der rundfunkrechtlichen Festlegungen das* ***Einvernehmen*** *mit der zuständigen Landesbehörde herzustellen.* ***Das Einvernehmen ist zu erteilen, sofern die Belange des Rundfunks, insbesondere die Gewährleistung von Störungsfreiheit, durch die Bundesnetzagentur gewahrt sind.****"*

(7) Alternative zum Erfordernis des Einvernehmens: Umwidmung von Frequenzen

Falls die – in diesem Gutachten nicht geteilten – verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Ersetzung des Benehmenserfordernisses (zum Begriff *Huber*, in: Gundel/Heermann/Leible, Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?, 2009, S. 79f.) durch das Erfordernis des Einvernehmens betroffener Länder (wegen des Verbots der „Mischverwaltung") nicht ausgeräumt sein sollten, käme noch eine weitere Regelungsalternative in Betracht, die diesem verfassungsrechtlichen Einwand von vornherein nicht ausgesetzt wäre: Die Umwidmung einer Fre-

quenz nach § 58 Abs. 2 TKG oder die Veränderung der Frequenznutzungsbedingungen nach § 60 Abs. 2 S. 2 TKG zu Lasten des Rundfunks könnten von einer Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates abhängig gemacht werden. Dies wäre ein aufwendiges, aber grundsätzlich mögliches Verfahren.

3. Beteiligungsmöglichkeiten der Rundfunkveranstalter

a.) Frequenzbereichszuweisungsplan

Zu prüfen ist, auf welcher Planungsebene die Interessen des Rundfunks durch die Länder bzw. die Rundfunkveranstalter wahrgenommen werden sollten.

Auf der obersten Ebene der Frequenzplanung, des Frequenzbereichszuweisungsplans, ist die Möglichkeit der Beteiligung zur Wahrnehmung der Rundfunkinteressen auf die Länder beschränkt. In Teil B (Nutzungsbestimmungen) ist unter anderem die Nutzungsbestimmung 36 aufgenommen worden (dazu im Einzelnen bereits oben). Damit scheint der Schutz des Rundfunks auf dieser Ebene angemessen gesichert zu sein. Auch ist – wie ebenfalls bereits erwähnt – zu beachten, dass ein Grenzwert zur Bestimmung der „Störung“ weder verbindlich vorgesehen noch ausgeschlossen ist.

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist auch die Gewährleistung der Beteiligung des Sachverstandes der Rundfunkveranstalter an der Formulierung und Durchführung von Messprogrammen der BNetzA (davon zu unterscheiden ist die Ebene der technischen Durchführung und der Messungen auf der darunter liegenden Ebene der Implementierung der konkreten Frequenzzuteilungen durch die *Nutzer* dieser Frequenzen selbst). Dies ist eine Konkretisierung der verfahrensbezogenen Seite des Planungsrechts, die in der Rechtsprechung für andere Planverfahren anerkannt ist: Zur angemessenen Erhebung und Einstellung der Belange in die Abwägung gehört auch unter Beachtung des jeweiligen Stands der Technik (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 536, 537 a.E.) die Entwicklung eines problemangemessenen Untersuchungsprogramms. Daran sind Dritte zu beteiligen, wenn sie über besonderen Sachverstand verfügen. Das ist bei den Rundfunkveranstaltern zweifelsohne zu bejahen.

Empfehlung:

Es sollte daran festgehalten werden, dass die Rundfunkinteressen auf der obersten Ebene der Frequenzplanung (Frequenzbereichszuweisungsplan) primär von den Ländern vertreten werden.

b.) Frequenz(nutzungs)plan, § 54 TKG-E

Nach dem geltenden § 54 Abs. 1 TKG sowie dem in dieser Hinsicht nicht wesentlich geänderten § 54 Abs. 1 TKG-E hätten Rundfunkveranstalter (vgl. auch § 6 FreqNPAV) nur die Möglichkeit, ihre Interessen im Rahmen der „Beteiligung der interessierten Kreise“ geltend zu machen. Dieses Beteiligungsrecht ist gerichtlich durchsetzbar (§ 7 FreqNPAV). Wenn die Verfahrensverordnung und damit die Zustimmungspflicht zugunsten der Länder künftig entfallen sollte, würde auch die noch bestehende Verordnung mit Inkrafttreten des novellierten TKG ihre Gültigkeit verlieren, da sie keine Ermächtigungsgrundlage mehr hätte und auch keine ähnliche Ermächtigung an ihre Stelle getreten ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 688).

Vor Beginn des Verfahrens zur Aufstellung des Frequenznutzungsplans ist bislang nach § 6 FreqNPAV sicherzustellen, dass dem Rundfunk die ihm nach dem Frequenzbereichszuweisungsplan zugewiesenen Frequenzen zur Verfügung stehen. Bei der Entwicklung des Frequenznutzungsplanes sollen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreqNPAV die „Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG“ sowie nach Nr. 4 die „Verträglichkeit der Frequenznutzungen in den Übertragungsmedien berücksichtigt und aufeinander abgestimmt“ werden. Dies ist eine für den Rundfunk problematische Grundsatznorm, da die Störungsfreiheit hier nicht als bindender Planungsleitsatz (siehe oben), sondern als gegen andere Interessen ausgleichsfähiger Belang behandelt wird. Soweit allerdings die Beteiligung der Länder durch das Erfordernis des Einvernehmens gesichert werden könnte, wäre eine Erweiterung der Rechte der Rundfunkveranstalter hier verzichtbar. Dies gilt umso mehr, als sich so eine Systematik erreichen ließe, die – neben der materiell-rechtlichen Verbesserung der Stellung des Rundfunks – die Vertretung der allgemeinen Rundfunkinteressen auf der Ebene der Frequenzzuweisung den Ländern vorbehalten würde. Zusätzlich wären die Rundfunkveranstalter als Teil der „betroffenen Kreise“ zu beteiligen. Die Länder könnten über das Erfordernis der Zustimmung zur FreqNPAV die Anforderungen an die Konkretisierung der Störungsfreiheit weitgehend mitgestalten, auch wenn dies bisher nur in geringem Maße geschehen ist.

Empfehlung:

Es sollte an der bisherigen Verfahrensregelung festgehalten werden. Sie eröffnet den Ländern einen gerade unter den veränderten technologischen Bedingungen noch wichtiger gewordenen Einfluss auf die Gewährleistung der Störungsfreiheit durch Anforderungen an das Verfahren der Aufstellung des Frequenz(nutzungs)plans.

c.) Nutzungsbestimmungen über die Durchführung eines „Vergabeverfahrens", § 61 TKG

Für die Rundfunkveranstalter kommt es darauf an, sicherzustellen, dass die auf den beiden davorliegenden Planungsstufen festgelegten bzw. konkretisierten Anforderungen an die Störungsfreiheit auf den nächsten Planungsstufen überhaupt weiter spezifiziert werden und ferner, dass dies möglichst frühzeitig, also nicht erst bei der Frequenzzuteilung oder gar erst im Wege nachträglicher Auflagen und Bedingungen erfolgt (dazu bereits oben). Sonst bleiben eine Vielzahl praktischer Probleme der Sicherung der Störungsfreiheit bzw. der Haftung für erforderlich werdende Kompensationsmaßnahmen vollends ungeregelt. Dies ist für den Rundfunk nicht akzeptabel. Deshalb kann es nur um die Frage gehen, auf welcher Planungsstufe die nächsten Schritte zur „Konfliktbewältigung" erfolgen.

Vor der Durchführung des Verfahrens legt die BNetzA nach § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG „Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung" fest.

§ 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 TKG bestimmt, dass vor Durchführung eines Vergabeverfahrens die Frequenznutzungsbestimmungen festzulegen sind. Damit berücksichtigt diese Vorschrift potentielle Bieter im Versteigerungsverfahren, da die Nutzungsbestimmungen Einfluss auf den wirtschaftlichen Wert der zur Versteigerung stehenden Frequenzen besitzen. Zugleich ist diese Norm aber auch Ausprägung des Schutzgedankens, dass Drittbetroffene effektiv Rechtsschutz erlangen können, wozu eine frühzeitige Kenntniserlangung hinsichtlich der verbindlichen Nutzungsbedingungen notwendig ist. Denn den in der Entscheidung der Präsidentenkammer vorgesehenen Nutzungsbestimmungen kommt ebenfalls die Funktion zu, planerische, aber auch regulatorische Belange umfassend zu berücksichtigen. So sind auch im Versteigerungsverfahren die Regulierungsziele gem. § 61 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 TKG sicherzustellen. Das gilt umso mehr, als der Präsidentenkammer bereits wegen ihrer personellen Zusammensetzung die Aufgabe zukommt, die gegensätzliche Interessen in Ausgleich zu bringen (zu den Besonderheiten der Entscheidung der Präsidentenkammer, BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az. 6 C 4.09, BVerwGE 114, 368 ff.).

Die BNetzA hat demgegenüber bislang die Auffassung vertreten, es handele sich hier um Bestimmungen, die gerade die Nutzung durch den potentiellen Frequenzinteressenten betreffen, nicht aber den Drittschutz in Gestalt der Anforderungen an die Störungsfreiheit. Dieser Auffassung ist auch das VG Köln gefolgt (VG Köln, Beschl. v. 05.03.2010, Az. 21 L 1851/09 – Kabel

BW; vgl. auch VG Köln, Urt. v. 17.03.2010, Az. 21 K 7769/09; 21 K 7771/09; 21 K 7773/09; 21 K 6772/09). Dies ist nicht plausibel, was bereits oben ausführlich erläutert wurde. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, warum die Störungsfreiheit zwar auf den vorangegangenen Stufen der Frequenzplanung zu regeln ist, auf der ersten Planungsstufe, auf der gegenüber Betroffenen Entscheidungen mit *Außenwirkung* getroffen werden, der Gegenstand der Planung aber wieder beschränkt werden soll.

Empfehlung:

Es wäre anzustreben, die Gewährleistung der Störungsfreiheit ausdrücklich zum Gegenstand der Nutzungsbestimmungen i. S. v. § 61 Abs. 4 Nr. 4 TKG zu machen. Außerdem sollten die Rundfunkveranstalter in dieser Hinsicht ein Beteiligungsrecht haben.

(1) Verfahrensrechtliche Sicherung der Ermittlung von Störungen

Wenn die Gewährleistung der Störungsfreiheit im TKG selbst als abwägungsfester „Planungsleitsatz“ *materiell-rechtlich* sowohl auf der Ebene der Frequenzzuweisung als auch auf der des Frequenz(nutzungs)planes konkretisiert verankert werden würde, könnte der Schwerpunkt bei der weiteren Spezifizierung der Anforderungen an die „Störungsfreiheit“ auf dieser Ebene der Planung bei der Verbesserung des Verfahrens der Erhebung von Messdaten im Hinblick sowohl auf die Störung des Rundfunksignals als auch auf die Minderung der Empfangsqualität gesetzt werden. Dazu gehören auch Informationen an die Rundfunkveranstalter über die Planungen der Mobilfunkunternehmen als neue Frequenznutzer. Dies ist eine praktisch erhebliche Frage, da – ungeachtet der abstrakten Bestimmung der Grenze der „Störungsfreiheit“ – angesichts der Möglichkeit unterschiedlicher standortspezifischer bzw. gerätebezogener Unverträglichkeiten ein flexibles, schnell zu realisierendes Verfahren bereitgehalten werden muss, in dem auf der Grundlage dieser Informationen geprüft werden kann, ob mit Störungen zu rechnen sein wird. Dies ist umso wichtiger, als die Interessenlage im Dreiecksverhältnis zwischen dem Frequenzinhaber, dem Rundfunkveranstalter und dem Rundfunknutzer beachtet werden muss: Der Erstgenannte wird im Allgemeinen nicht in einem Vertragsverhältnis zum Rundfunknutzer stehen, also Probleme primär unter dem Gesichtspunkt der Kostenbelastung sehen, ohne dass er selbst – von wenigen Ausnahmen abgesehen – von der Gewährleistung der „Quality of Service“ für den Rundfunkempfang profitieren wird. Er verfügt aber primär über die relevanten Daten, während die Zuverlässigkeit insbesondere von zunächst rein subjektiven Störungswahrnehmungen der Rundfunknutzer jedenfalls einer Überprüfung bedarf. Weiter müssen aber die Rundfunkveranstalter selbst (insbesondere die öffentlich-rechtlichen Sender aufgrund ihres Versorgungsauftrags) Be-

schwerden nachgehen und ggf. durch Messungen die Ursache der Unverträglichkeit herausfinden.

Daraus kann sich unter ungünstigen, aber nicht unwahrscheinlichen Bedingungen die Notwendigkeit ergeben, aus tatsächlichen Gründen (liegt überhaupt eine Unverträglichkeit vor?) wie aus materiell-rechtlichen Gründen (wer ist verantwortlich?) eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten mit den Verursachern der Störung zu führen. Hier wäre an ein Recht der Rundfunkveranstalter (und der Rundfunknutzer) zu denken, von den Frequenznutzern kurzfristig die Durchführung erforderlicher Messungen zu verlangen. Die Festlegung der allgemeinen, insbesondere verfahrensbezogenen Anforderungen an die Vermeidung von Störungen in den „Nutzungsbestimmungen" nach § 61 Abs. 4 Nr. 4 TKG dient der „Konflikt*bewältigung*" durch Planung, einem wichtigen Grundsatz des allgemeinen Planungsrechts (*Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 479; BVerwG, Urt. v. 22.11.2000, Az. 11 C 2/00, juris-Rn. 27 = BVerwGE 112, 221; BVerwG, Urt. v. 23.01.1981, Az. 4 C 68/78, juris-Rn. 22 f. = BVerwGE 61, 307; OVG Münster, DVBl. 2009, 1385; OVG Saarland, NVwZ 2003, 1004 m.w.N.; BayVGH, Urt. v. 03.05.1999, Az. 1 N 98.1021, juris-Rn. 46 = NVwZ 2000, 822; für das Frequenzplanungsrecht der Sache nach ebenso: *Korehnke*, in: Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2006, § 53 Rn. 19 unter Hinweis auf BVerwGE 71, 166, 168). Das hier vorgeschlagene Verfahren erscheint nur dann komplex, wenn man die Wahrscheinlichkeit der Entstehung einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten außerhalb des Planungsverfahrens ignoriert.

Empfehlung:

Für die Ebene der Nutzungsbestimmungen kommt es auch darauf an, – wenn die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Störungsfreiheit auf den davor liegenden Planungsstufen erfüllt sind – vor allem die verfahrensrechtliche Dimension der Störungsfeststellung und die Abwicklung von Entschädigungsfragen gegenüber Rundfunkveranstaltern und Kabelnetzbetreibern, aber auch Verwendern von Funkmikrofonen und drahtlosen Produktionsmitteln im Einzelnen zu regeln.

(2) Exkurs: Grundsatz der Konfliktbewältigung

Es geht nicht um Blockierung oder Erschwerung der Nutzung insbesondere der „Digitalen Dividende", sondern darum, die gesteigerten Risiken der Entstehung von Unverträglichkeiten zwischen Nutzungen, die nicht mehr ex ante genau definiert werden können – wie das für den Rundfunkdienst noch weitgehend der Fall ist –, *planerisch* angemessen, und das heißt auch flexibel,

zu erfassen und zu bewältigen. Dazu bedarf es einiger weiterer gesetzgeberischer Schritte, die die planerische Dimension, die auch die Frequenzplanung unstreitig hat, stärker entfaltet und ausdifferenziert. Ein Gestaltungsermessen der BNetzA bei der Konkretisierung der Anforderungen an die Störungsfreiheit der Frequenznutzungen ist nicht zu leugnen. Dies ist auch sinnvoll, bedeutet aber gleichfalls, dass die Konflikte möglichst frühzeitig – soweit und sobald dies möglich ist – etwa durch Bereitstellung von Verfahrenselementen und ggf. die Festlegung eines Verantwortungsniveaus zwischen den Beteiligten so vorstrukturiert werden müssen, sodass im konkreten Fall schnell gehandelt werden kann.

Zum weiteren Hintergrund: Der planungsrechtliche Grundsatz der Konfliktbewältigung (vgl. nur BVerwG, Urt. v. 22.11.2000, Az. 11 C 2/00, juris-Rn. 27 = BVerwGE 112, 221; OVG Saarland, NVwZ, 2003, 1004 m.w.N.; OVG Nordrhein-Westfalen, DVBl. 2009, 1385) bezeichnet – vergleichbar dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme im Baurecht – eine Konkretisierung des Planungsrechts. Der Grundsatz der Konfliktbewältigung verlangt, dass beispielsweise Gefahren für die Gesundheit im Plan selbst berücksichtigt werden müssen und nicht auf ein nachfolgendes Genehmigungsverfahren verschoben wird dürfen. Dieses Gebot hat insofern eine drittschützende Wirkung, als nur dann, wenn die Grundlinien der möglichen Belastungen für (insbesondere) Nachbarn auch aus dem Plan selbst erkennbar werden und auf dieser Grundlage eine sinnvolle Bürgerbeteiligung erst möglich wird.

Der Grundsatz der Problembewältigung ist auch auf die Frequenzverwaltung anwendbar. Das Frequenzplanungsrecht ist schon durch das Gesetz selbst als Materie des Planungsrechts ausgewiesen. Es konkretisiert die Abwägungsdogmatik, wonach die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials erforderlich ist, das diejenigen Belange umfasst, die nach Lage der Dinge mit angemessener Gewichtung in den Abwägungsprozess eingestellt werden müssen. Ziel ist dabei, dass am Ende die Ausübung des planerischen Ermessens der Verwaltung zu einer ausgewogenen Entscheidung führt, die nur noch auf bestimmte Abwägungsmängel hin geprüft werden kann.

d.) Schutz der „Störungsfreiheit“ bei konkreter Frequenzzuteilung

Die Frequenzzuteilung ist die letzte Stufe der Frequenzplanung: Sie ist die „Erlaubnis zur Nutzung bestimmter Frequenzen unter festgelegten Bedingungen“ (§ 55 Abs. 1 S. 2 TKG) und hat damit den Charakter eines Verwaltungsaktes (BVerwG, Buchholz 442.066, § 55 TKG Nr. 2 – unstreitig; *Jenny*, in: Heun, Hdb. TK-Recht, 2002, Teil 2 Rn. 99), auf dessen Grundlage die Frequenzzuteilung „ins Werk gesetzt“ wird. Die Frequenzzuteilung kann mit Nebenbestimmungen in Gestalt von Bedingungen im engeren Sinne und Auflagen versehen sein. Diese dienen insbesondere dazu, im Einzelnen zu sichern, dass nach § 55 Abs. 5 Nr. 5 TKG „eine störungsfreie

Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt ist“. Der BNetzA ist auch ein gewisses Verfahrensermessen eröffnet, das ihr die Möglichkeit einräumt, die Regelung von Anforderungen an die Störungsfreiheit zwischen mehreren Ebenen zu verschieben. Jedenfalls auf dieser (letzten) Stufe muss jedoch gegenüber dem Frequenznutzer vor allem festgelegt werden, wie das Verfahren der Feststellung von Störungen aussieht und welche Beteiligungsrechte die Rundfunkveranstalter dabei haben. Insbesondere die Konkretisierung der Untersuchungspflicht des Frequenzinhabers, Informationsrechte der Rundfunkveranstalter, ggf. – wie oben vorgeschlagen – die Einführung einer Verhandlungspflicht gegenüber den Rundfunkveranstaltern und die Rechte der Rundfunknutzer (Entschädigungsansprüche) sollten spätestens hier geregelt werden.

Auch auf dieser Ebene wirkt sich nach der geltenden wie auch nach der Entwurfsfassung des TKG die mangelnde Konkretisierung der Anforderungen an die Sicherstellung der „Störungsfreiheit“ zu Lasten des Rundfunks aus. Mehr noch: Die BNetzA besitzt praktisch die Möglichkeit, die Probleme der Unverträglichkeit zwischen Nutzungen, soweit nicht europarechtliche Bindungen bestehen (vgl. CEPT Report 30 v. 11.11.2009, CEPT Reports 31 und 32 v. 09.11.2009, http://bit.ly/hF0KaW), überhaupt nicht ex ante zu bewältigen, sondern dies auf die letzte nachgelagerte Ebene der Überwachung der Durchführung der Frequenzzuteilung zu verschieben. Dies zieht die oben beschriebenen Konsequenzen nach sich. Und weiter: Im Konfliktfall müsste zunächst – ohne konkrete gesetzliche Regelung – geklärt werden, welche „Quality of Service“ Rundfunkveranstalter wie Rundfunknutzer erwarten können; von der Klärung verfahrensrechtlicher Fragen ganz abgesehen.

Empfehlung:

Es sollte der Grundsatz gelten, dass im Interesse der frühzeitigen Information der Rundfunkveranstalter die Anforderungen an die Gewährleistung der Störungsfreiheit möglichst frühzeitig, also nicht erst auf der Ebene der Frequenzzuteilung geregelt werden. Wenn die wesentlichen Regelungen auf den höheren Planungsstufen erfolgt sind, wird es hier im Allgemeinen nur noch um die Abstimmung der konkreten standortspezifischen Bedingungen gehen.

e.) Rolle der BNetzA bei der Überwachung der Frequenznutzung, § 64 TKG

Die Beteiligung der BNetzA an der Aufklärung von Störungen: Angesichts der Möglichkeit, dass eine Vielzahl von unterschiedlichen Störungen auftreten kann, ist die Beteiligung der BNetzA an einem „Monitoring-Verfahren“ besonders wichtig.

§ 64 TKG (der dem TKG-E zufolge nicht geändert werden soll) ist eine typische ordnungsrechtliche Aufsichtsnorm, die der BNetzA insbesondere die Möglichkeit eröffnet, Untersuchungen zur Ermittlung von Störungen durchzuführen. Allerdings wirkt sich die mangelnde Klärung des Störungsbegriffs – wie erwähnt – hier zum Nachteil des Rundfunks aus. Diese Unklarheit schlägt sich auch auf die Bestimmung der Grenzen des Ermessens durch, das der BNetzA im Hinblick auf das „Ob" und „Wie" der Entscheidung eröffnet ist (*Zerres*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 64 Rn. 9; zum Verhältnis von § 64 TKG zu den Befugnissen nach dem EMVG vgl. *Göddel*, in: Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Auf. 2006, § 64 Rn. 2). Zwar kann auch eine Aufsichtsnorm drittschützenden Charakter haben. Ob dies aber angesichts der unklaren Regelung im Hinblick auf den Rundfunk anzunehmen ist, ist alles andere als offensichtlich. In einem Zwischenresümee ist deshalb festzuhalten, dass sich die mangelnde Konkretisierung des Störungsbegriffs in vielfältiger Hinsicht – auch verfahrensrechtlich – zu Lasten des Rundfunks auswirkt. Dies ist ein Mangel, der sich durch alle Stufen des Frequenzplanungsverfahrens zieht. Die Konkretisierung des Störungsbegriffs würde sich auch auf die Überwachungspflicht der BNetzA auswirken. Auch ohne eine besondere gesetzliche Ergänzung wäre im Falle einer schärferen Konturierung der Grenzen der Störung jedenfalls gegenüber den Rundfunknutzern eher von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen als bei einem schwer handhabbaren „offenen" Tatbestand.

Empfehlung:

Wenn es gelingt, verfahrensrechtliche Pflichten der BNetzA auf den einzelnen Planungsstufen zu verankern – insbesondere eine Pflicht zur Koordinierung und Überwachung der von den Frequenznutzern selbst zu gewährleistenden Planung und Offenlegung der Umsetzungsbedingungen – bleibt auf dieser letzten Ebene nur noch die sehr begrenzte Pflicht übrig, ggf. – wie im Gesetz geregelt – die Nutzungsbedingungen nachträglich zu verändern.

f.) Einrichtung einer unabhängigen Schlichtungsstelle

Zur Vereinfachung des Verfahrens könnte auch die Einrichtung einer unabhängigen Schiedsstelle (allerdings unabhängig von dem durch die BNetzA selbst durchzuführenden „Schlichtungsverfahren" nach § 47 a TKG) beitragen. Dieses Verfahren ist dem TKG nicht fremd, wie der bereits genannte § 47 a TKG und das BNetzA-Schlichtungsverfahren (§ 51 TKG) zeigen. Auf der Grundlage einer Konkretisierung des Störungsbegriffs könnte eine solche Stelle Vorschläge zur Gewährleistung der Verträglichkeit von kollidierenden Nutzungen auf Ebene der Frequenzzutei-

lung und nachfolgender Frequenznutzung machen. Die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung wäre damit allerdings nicht ausgeschlossen.

VI. Rechtsschutz

1. Länder

Die Länder könnten Entscheidungen des Bundes in der Form der FrequenzzuweisungsVO jedenfalls im Bund-Länder-Streit-Verfahren vor dem BVerfG angreifen.

2. Rundfunkveranstalter

a.) Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung

Die Rundfunkveranstalter könnten nur theoretisch diese Rechtsverodnung im Wege der Feststellungsklage vor dem VG angreifen, da dies allenfalls bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses anzunehmen wäre. Dieses Interesse besteht jedoch nicht, da Rechtsschutz auf den nächsten Planungsstufen gegeben ist. Eine inzidente Kontrolle ist jedoch auf den Stufen c.) ff. möglich.

b.) Frequenz(nutzungs)plan

Auch hier besteht (noch) keine Rechtsschutzmöglichkeit, da der Plan die Form von Verwaltungsvorschriften hat.

Nach § 7 S. 1 FreqNPAV könnten die Rundfunkveranstalter allerdings die Verletzung ihrer Beteiligungsrechte im Verfahren gerichtlich durchsetzen.

c.) Allgemeinverfügung, Frequenzzuteilung

Gegen die Allgemeinverfügung, durch die das Versteigerungsverfahren ermöglicht und vorstrukturiert wird (s.o.), können die Rundfunkveranstalter im Wege der Anfechtungsklage vorgehen (vgl. VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA). Es entspricht der planungsrechtlichen Logik des Frequenzvergabeverfahrens, dass die Frage nach dem ausreichenden Schutz konkurrierender Frequenznutzungen (hier: des Rundfunks) auch auf dieser Ebene, d. h. vor der eigentlichen Zuteilungsentscheidung gerichtlich überprüft werden kann.

Das sollte ausdrücklich auch für die Nutzungsbestimmungen gem. § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG vorgesehen sein: Im Verständnis des VG Köln sollen sich Nutzungsbestimmungen gem. § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG einzig inzident überprüfen lassen. Sie sollen – so die Lesart des Gerichts – gerade nicht in Bestandskraft erwachsen. Demgegenüber würden sie einzig dazu dienen, den an den zu versteigernden Frequenzen interessierten Mobilfunkunternehmen eine Abschätzung des wirtschaftlichen Wertes der zu vergebenden Frequenzen zu erlauben (VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA, S. 12 des amtlichen Umdrucks). Rechtlich seien sie als Zusicherung gem. § 38 VwVfG zu verstehen. Demgegenüber stößt es auf rechtliche Bedenken, Nutzungsbestimmungen unbeschränkt als vorläufig bzw. revidierbar anzusehen, wie bereits oben ausgeführt wurde.

Empfehlung:

Es sollte zusätzlich zur Änderung der Vorschrift des § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG („[…] die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung verbindlich. Dies gilt insbesondere, soweit Belange des Rundfunks berührt sind.") in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf den drittschützenden Charakter der Nutzungsbestimmungen hingewiesen werden.

d.) Nachträgliche Bedingungen/Auflage

Dies ist möglich im Wege der Verpflichtungsklage (Drittbetroffenenklage). Auch hier ist der Drittschutz der Überwachung nach § 64 TKG zu bejahen.

e.) Streitwertbeschwerde

Gemäß § 137 Abs. 3 TKG soll nach Auffassung der Rechtsprechung die Festsetzung des Streitwerts dann unanfechtbar sein, wenn dem Verfahren Entscheidungen der Präsidentenkammer der BNetzA zugrunde gelegen haben. Zwar geht die Kommentarliteratur - soweit ersichtlich - geschlossen davon aus, dass § 137 Abs. 3 TKG nicht auf Streitwertbeschwerden anwendbar ist (vgl. etwa *Geppert/Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 137 Rn. 28; *Gurlit*, in: Säcker, TKG, 2. Aufl. 2009, § 137 Rn. 28). Doch kommen zwei Entscheidungen des OVG NRW aus den Jahren 2009 und 2010 zu einem gegenteiligen Ergebnis (OVG NRW, Beschl. v. 22.07.2009, Az. 13 E 720/09, juris-Rn. 3, 5; OVG NRW, Beschl. v. 19.03.2010, Az. 13 E 206/10, juris-Rn. 1): Der Rechtsmittelausschluss nach § 137 Abs. 3 Satz 1 TKG solle sich auch auf Streitwertbeschwerden beziehen, wenn der Streitwert in einem eine Beschlusskammer-

entscheidung betreffenden Verwaltungsprozess festgesetzt worden sei. Das läuft offenkundig Rechtsschutzinteressen zuwider: Die Gerichte können einseitig über die Festsetzung von Streitwerten Prozessrisiken für die Beteiligten erhöhen – und so auf das Prozessverhalten Einfluss nehmen. Angreifen ließe sich die Festsetzung des Streitwerts deshalb einzig mittels einer Verfassungsbeschwerde.

Empfehlung:

Die Streitwertbeschwerde sollte ausdrücklich aus dem Katalog des § 137 Abs. 3 TKG ausgenommen werden.

VII. Zusammenfassung

Um das „Qualitätssicherungsinteresse“ bei der technischen Verbreitung des Rundfunks zu wahren, ist es erforderlich, dass Länder und Rundfunkveranstalter im Frequenzplanungsverfahren einen legislativ absicherten Einfluss geltend machen können. Das sollte materiell-rechtlich (dazu unter I.) als auch verfahrensrechtlich (dazu unter II.) geschehen. Konkrete Formulierungsvorschläge werden in dieser Zusammenfassung einzig ausschnittweise wiedergegeben. Im Übrigen wird auf den Haupttext verwiesen.

1. Materiell-rechtliche Absicherung der Störungsfreiheit

1.1. Zur Gewährleistung der „positiven Ordnung“ der Rundfunkfreiheit gehört auch die technische Verbreitung von Rundfunkinhalten in rundfunkadäquater Qualität (vgl. dazu BVerfGE 74, 297, 321/326; 57, 295, 320). Diesen grundrechtlichen Gewährleistungsauftrag muss der Gesetzgeber legislativ umsetzen und so der sog. Wesentlichkeitstheorie entsprechen.

1.2. Störungsfreiheit ist nicht allein als Optimierungsgebot, sondern als bindender, abwägungsfester Planungsleitsatz in das TKG einzuführen. Besteht ein solcher Planungsleitsatz nicht, ist es naheliegend, die Gewährleistung von „Störungsfreiheit“ als einen Belang neben mehreren anzusehen (so auch VG Köln, Beschl. v. 5.3.2010, Az. 21 L 1851/09, NRWE-Rn. 38).

1.2.1 Bislang ist Störungsfreiheit einzig als Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG vorgesehen. Dieses wird an einigen Stellen des TKG wiederholt (vgl. etwa § 52 Abs. 1 TKG, § 53 Abs. 2 S. 2 TKG, § 55 Abs. 4 S. 2 TKG).

1.2.2 Störungsfreiheit ließe sich darüber hinaus auf Ebene der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, insbesondere durch eine darauf bezogene Konkretisierungspflicht, absichern.

1.2.3 Die in die FreqBZPV aufzunehmende Konkretisierung durch Grenzwerte und Verfahrensnormen ließe sich durch eine „Technische Richtlinie“ des Bundesministers für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesrates vornehmen. Sie sollten insbesondere Grenzwer-

te und verfahrensrechtliche Anforderungen an die Bestimmung der Störungsgrenze festlegen (dazu im Einzelnen Gutachten, S. 31 ff.).

1.3 Der Begriff der „funktechnischen Störung“ ist im TKG zu definieren, § 3 TKG. Diese Begriffsbestimmung ist Grundlage dafür, wann von einer Störung des Rundfunks auszugehen ist und mithin für die Gewährleistung von Störungsfreiheit. Dabei sollte auch definiert werden, wann von einer „schwerwiegenden Störung“ sowie einer „wiederholten Störung“ des Rundfunkempfangs auszugehen ist. Den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Abs. 2 lit b. der Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG) sowie Art. 1 Nr. 1.166 bzw. 1.169 der Radio Regulations lässt sich hierfür nichts entnehmen.

1.4 Die Nutzungsbestimmung 36 der FreqBZPV, wonach Mobilfunkdienste im Frequenzbereich 790 bis 862 MHz „keine Störungen des Rundfunkdienstes“ verursachen dürfen, schafft – sowohl wegen mangelnder Konkretheit der Bestimmung selber als auch wegen fehlender, anschließender Konkretisierung im Verfahren der Frequenzvergabe – keine hinreichende normative Voraussetzung, um Störungsfreiheit zu gewährleisten.

1.5 Die allgemeinen Nutzungsbestimmungen auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer werden sowohl durch die BNetzA (Vfg. 59/2009, ABl. 20/2009, S. 3628 ff.) als auch das VG Köln (etwa VG Köln, Urt. v. 09.02.2011, Az. 21 K 8146-8/09, NDR, SWR, WDR ./. BNetzA, S. 14/15) als vorläufig und auf Ebene der Frequenzzuteilung beliebig abänderbar angesehen. Das verhindert im Ergebnis, dass Drittbetroffene wie Rundfunkveranstalter hiergegen frühzeitig Rechtsschutz erlangen können. Um aber ein rationales, konfligierende Interessen ausgleichendes Verfahren zu gewährleisten sowie den Nutzungsbestimmungen drittschützenden Charakter zuzusprechen, ist deren Verbindlichkeit rechtlich abzusichern.

1.6 Das TKG bestimmt nicht, wer die Störfestigkeit von im Markt befindlichen Empfangsgeräten, insbesondere von DVB-T-Empfängern, zu gewährleisten hat. Auch durch das Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Betriebsmitteln (EMVG) geschieht dies nur unzureichend, nämlich lediglich im Hinblick auf die Zulassung von Empfangsgeräten und die Störungen, die von Geräten ausgehen. Dies ist zu ändern, da es nicht allein den Ermessenserwägungen der BNetzA überlassen bleiben kann, eine erforderliche Regelung zu treffen.

2. Verfahrensbezogene Fragen zur Absicherung der Belange des Rundfunks

2.1 Die Beteiligung der Länder im Frequenzplanungsverfahren beschränkt sich nach § 53 TKG auf die „Zustimmung des Bundesrates“ zu Frequenzzuweisungen für den Rundfunk. Davon ausgenommen sind „weitere Festlegungen“, zu denen auch die Anforderungen an die Störungsfreiheit gehören. Um dem abzuhelfen, ist eine Erweiterung des Zustimmungserfordernisses des Bundesrates auf alle Frequenzzuweisungen anzuraten. Auch dies bedürfte – anders als in § 53 Abs. 1 S. 1 TKG-E vorgesehen – der Zustimmung des Bundesrates. Das wäre im Übrigen verfassungsrechtlich unproblematisch, weil sich auf Ebene der Gesetzgebung im materiellen Sinne (Verordnungsgebung) die Problematik des „Verbots der Mischverwaltung“ nicht ergibt. Zu den konkreten Empfehlungen der Stärkung der Stellung der Länder in § 53 TKG sowie der besonderen Empfehlung zur Konkretisierung der Störungsgrenze durch Verordnung zu verweisen (Gutachten, S. 39 f.).

2.2 Eine umfassende Beteiligung der Länder an der Aufstellung des Frequenz(nutzungs)plans ist vorzusehen. Entfällt dagegen – wie im TKG-E vorgesehen – die FreqBZPV als eigenständige Planungsstufe könnte die Gewährleistung von Störungsfreiheit durch Zustimmungsvorbehalt der Länder nicht weitergeführt werden. Das ist umso bedenklicher als auch die FreqNPAV künftig wegfallen soll.

2.3 Das TKG enthält ebenso wie der TKG-E eine Reihe von Vorschriften, die eine Entscheidung von Bundesbehörden im „Benehmen“ mit den Ländern vorsehen: § 55 Abs. 1 S. 5 und Abs. 10 S. 2, § 57 Abs. 1 S. 1 und 6, § 57 Abs. 4, § 58 S. 3, § 60 Abs. 2 S. 2 und Abs. 4, § 63 Abs. 3 S. 2. Hier ist der Begriff des „Benehmens“ durch den Begriff des „Einvernehmens“ zu ersetzen, um den Belangen des Rundfunks nachhaltig Rechnung zu tragen. In diesem Kontext sind verfassungsrechtliche Bedanken (Stichwort: Verbot der Mischverwaltung) differenziert zu sehen: Auf Ebene des materiellrechtlichen Gesetzgebung stellen sie sich ebenso wenig wie auf Ebene von Verwaltungsvorschriften. Im Übrigen existieren gute Gründe, für die Spezialmaterie der Frequenzplanung eine Durchbrechung des grundsätzlichen Verbots der Mischverwaltung anzunehmen (dazu im Einzelnen Gutachten, S. 54 ff.) Andernfalls würde seine strikte Beachtung zu einer Verkürzung von Kompetenzen führen, die den Ländern kraft Verfassungsrecht zustehen.

2.4 Beteiligungsmöglichkeiten der Rundfunkveranstalter selbst sind – jenseits eines Anhörungsrechts – nicht zwingend auf Ebene des FreqBZPV sowie des FreqNP bzw. eines

Frequenzplans erforderlich. Hier ließen sich die Rundfunkinteressen vorrangig von den Ländern wahrnehmen. Dagegen ist die Stellung der Rundfunkveranstalter auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA sowie auf der Ebene der Frequenzzuteilung zu stärken. Das kann dadurch geschehen, dass die Gewährleistung von Störungsfreiheit für den Rundfunk ausdrücklich Gegenstand der Nutzungsbestimmungen gemäß § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG wird.

2.5 Auch auf Ebene der Frequenzzuteilung wirkt sich eine mangelnde Konkretisierung der Anforderungen an die Sicherstellung der „Störungsfreiheit“ zu Lasten des Rundfunks aus. Deshalb sollten die Anforderungen des Rundfunks möglichst frühzeitig, also nicht erst auf Ebene der Frequenzzuteilung, geregelt werden, um eine verlässliche Rundfunkplanung mit dem Umgang von Frequenznutzungskonflikten zu ermöglichen. Wegen gleichwohl möglicherweise auftretenden Streitigkeiten – etwa zwischen Rundfunkveranstaltern und Mobilfunkunternehmen – ist die Einrichtung einer unabhängigen Schlichtungsstelle zu empfehlen. Die Konkretisierung des Störungsbegriffs würde sich auch auf die Überwachungspflicht der BNetzA gem. § 64 TKG auswirken. Gerade angesichts der Möglichkeit einer Vielzahl von unterschiedlichen Störungsphänomenen ist ein „Monitoring-Verfahren“ besonders wichtig (dazu Gutachten, S. 67 f.).

3. Rechtsschutz

3.1 Die Rechtsschutzinteressen der Länder sind dadurch gewahrt, dass sie Entscheidungen des Bundes durch FrequenzzuweisungsVO vor dem BVerfG angreifen können.

3.2 Rundfunkveranstalter können Rechtsschutz einzig auf Ebene der Entscheidung der Präsidentenkammer bzw. Allgemeinverfügung und bei konkreter Frequenzzuteilung erlangen. Hier lassen sich wiederum Frequenz(nutzungs)plan sowie FrequenzzuweisungsVO inzident überprüfen. Denkbar ist auch eine Klage auf nachträglich einschränkende Bedingungen oder Auflagen.

3.3 Die Streitwertbeschwerde sollte von der Unanfechtbarkeit gem. § 137 Abs. 3 TKG ausdrücklich ausgenommen werden.

Literaturverzeichnis

Analysys Mason	Exploiting the Digital Dividend – An European Approach, final report, London, 14. August 2009.
ANGA/IRT,	Abschlussbericht - Beeinflussung der Dienste auf TV-Kabel-Infrastrukturen durch bidirektionale terrestrische Anwendungen LTE im UHF-Bereich, April 2009.
Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR)	Bedarfsgerechte Bereitstellung von Übertragungskapazitäten für Rundfunk und für multimediale Dienste auf Frequenzen, die dem Rundfunkdienst zugewiesen sind – Stellungnahme zum Eckpunktepapier der BNetzA, München 2006.
Arndt, Hans-Wolfgang/ Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim	TKG – Telekommunikationsgesetz – Kommentar, Berlin 2008.
Blümel, Willi	Verwaltungszuständigkeit, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band IV, Heidelberg 1990, § 101, S. 857 ff.
Bringleb, Volker	Disput um die Digitale Dividende, heise online v. 15.05.2009, abrufbar unter http://bit.ly/dQLsUy, (letzter Abruf: 29.03.2011).
Bumke, Susanne	Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz – unter besonderer Berücksichtigung der Integration ökonomischer Handlungsrationalität in das Verwaltungsverfahren, Berlin, 2006.
Deutsche TV-Plattform,	Verträglichkeit zwischen Rundfunk und Mobilfunk im UHF-Band, in: Fernseh- und Kinotechnik (FKT), Heft 11/2009, S. 625-634
Dörr, Dieter / Kreile, Johannes/ Cole, Marc D. (Hrsg.)	Handbuch Medienrecht – Recht der elektronischen Massenmedien, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 2011.
Eberle, Carl-Eugen	Rundfunkübertragung – Rechtsfragen der Nutzung terrestrischer Rundfunkfrequenzen, Berlin 1989.
Geppert, Martin/ Piepenbrock, Hermann-Josef/ Schütz, Raimund/ Schuster, Fabian	Beck'scher TKG-Kommentar – Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München 2006.
Geppert, Martin/Ruhle, Ernst-Olav/ Schuster, Fabian	Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, Baden-Baden 1998.
Gersdorf, Hubertus	Grundzüge des Rundfunkrechts – Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, München 2003.
ders.	Rundfunkfrequenzpolitik zwischen Ökonomisierung und Vielfaltsicherung – Zur Reichweite des Rundfunkprivilegs, in: ZUM 2007, S. 104-108.

Goldmedia/Mugler,	Wirtschaftliche Auswirkungen der Digitalen Dividende in Deutschland, Berlin/Oberlungwitz 2009.
Gramlich, Ludwig	Die Tätigkeit der BNetzA in den Jahren 2008 und 2009 im Bereich der Telekommunikation, in: CR 2010, S. 289-299.
Grawert, Rolf	Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland – Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Staatspraxis mit einer Zusammenstellung der zwischen Bund und Ländern abgeschlossenen Abkommen, Heidelberg 1967.
Gundel, Jörg/ Heermann, Peter W./ Leible, Stefan (Hrsg.)	Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?, Jena 2009.
Hahn, Werner/ Vesting, Thomas (Hrsg.)	Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Auflage, München, 2008.
Hasenpusch, Thomas (BNetzA)	Immunity of integrated TV receivers, set top-boxes and data modems connected to broadband cable and TV networks against radiation from LTE user equipment, Bonn, Januar 2010.
Heim, Sebastian	Online-Dienste öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten vor dem Hintergrund des 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, in: K&R 2004, S. 121-126.
Hering, Ekbert/Bressler, Klaus/ Gutekunst, Jürgen	Elektronik für Ingenieure und Naturwissenschaftler, 5. Auflage, Berlin 2005.
Herrmann, Günter/ Lausen, Matthias	Rundfunkrecht – Fernsehen und Hörfunk mit neuen Medien, 2. Auflage, München 2004.
Hesse, Albrecht	Rundfunkrecht – Die Organisation des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, München 2003.
Heun, Sven-Erik (Hrsg.)	Handbuch Telekommunikationsrecht, Köln 2002.
ders. (Hrsg.)	Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, Köln 2007.
ders.	Der Referentenentwurf zur TKG-Novelle 2011, in: CR 2011, S. 152-163
Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Wieddekind, Dirk	Frequenzplanung auf der Suche nach Planungsrecht in: Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, hrsg. v. W. Erbguth/J. Oebbecke/ H.-W. Rengeling/M. Schulte, München 2000, S. 745-766.
Holznagel, Bernd	Frequenzeffizienz und Rundfunkspektrum, in: MMR 2008, S. 207-215.

Holznagel, Bernd /Wagner, Christoph/ Grünwald, Andreas/ Lutzhöft, Niels	Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Frequenzoptimierung im UKW-Spektrum – Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag des Deutschlandradios, Münster 2007.
Holznagel, Bernd/Enaux, Christoph/ Nienhaus, Christian	Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, München 2006.
Holznagel, Bernd	Frequenzplanung im Telekommunikationsrecht in: Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, hrsg. v. W. Erbguth/J. Oebbecke/ H.-W. Rengeling/M. Schulte, München 2000, S. 767-789.
Hoppenberg, Michael	Handbuch des öffentlichen Baurechts, Loseblattsammlung, Stand: 28. Erg.-Lieferung, München 2010.
Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Auflage, München 2011.
Jarass, Hans D.	Bundes-Immissionsschutzgesetz – Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm, 8. Auflage, München 2010.
Keller, Andres	Breitbandkabel und Zugangsnetze – Technische Grundlagen und Standards, 2. Auflage, Berlin 2011.
Koenig, Christian/Loetz, Sascha/ Neumann, Andreas	Telekommunikationsrecht, Heidelberg 2004.
Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Landesmedienanstalten	Digitalisierungsbericht 2010 – Rundfunk im Zeichen des Internets. Strukturen und Akteure im Wandel, Berlin 2011, S. 52.
Korteweg, David/ McGonagle, Tarlach	Die digitale Dividende - Chancen und Hindernisse, in: IRIS plus 2010-6 [DE], S. 4-24.
Küchenhoff, Benjamin	Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, Baden-Baden 2010.
Ladeur, Karl-Heinz/ Gostomzyk, Tobias	Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat, in: Die Verwaltung 2003, S. 141-169
Ladeur, Karl-Heinz	Terrestrische Übertragungsformen für digitales Fernsehen und Hörfunk (DVB-T und DAB-T) – Rechtliche Probleme der Projektgestaltung, in MMR 1999, S. 266-272.
ders.	Zur Abgrenzung von Telekommunikations- und Medienrecht bei der Regulierung von Pay-TV – Zugleich ein Beitrag zu einer Rechtstheorie der Regulierung dynamischer Märkte in: ArchivPT 1997, S. 193-200.
v. Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/Starck, Christian	Kommentar zum Grundgesetz in drei Bänden, Band 3, Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, München 2010.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/ Herzog, Roman (Hrsg.)	Grundgesetz – Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 60. Erg.-Lieferung, München 2010.
Maurer, Hartmut	Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München 2009.
Mobile TV UMTSF/GSMA Joint Work Group	Final Whitepaper „Mobile TV: The Groundbreaking Dimension", 30. November 2006.
Munday, Samuel/Parker, Ian (Cobham)	Field Tests Investigating the Potential Interference with Cable TV from LTE Deployment in the 800 MHz Band, Studie im Auftrag der OFCOM, Dezember 2010.
Nacimiento, Grace	Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungsbericht 2010, in: K&R 2011, S. 77-85.
Niebler, Julia	Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel zur Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Frankfurt am Main 2008.
Nowosadtko, Volker	Frequenzplanungsrecht – Nutzung terrestrischer Rundfunkfrequenzen durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Baden-Baden 1999.
Painter, Meike	Abschluss der Digitalisierung – Der Analog-Digital-Umstieg in der Terrestrik ist geschafft, in: ZDF Jahrbuch 2008, hrsg. v. A. Stock, Mainz 2008, S. 272-278.
Peine, Franz-Joseph	Öffentliches Baurecht – Grundzüge des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts unter Berücksichtigung des Raumordnungs- und des Fachplanungsrechts, 4. Auflage, Tübingen 2003.
ders.	Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2008.
Picot, Arnold/Tillmann, Herbert	Digitale Dividende, Berlin 2009.
Rhandawa, Bal/Parker, Ian/ Antwi, Samuel	LTE Interference into Domestic Digital Television Systems, Bericht für OFCOM, Surrey (UK), Januar 2010.
Rudd, Richard	UHF Release Spectrum. Technical Overview, OFCOM-Bericht, ohne Datum.
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2009.
Scherer, Joachim	Frequenzverwaltung zwischen Bund und Ländern unter dem TKG, in: K&R 1999, Beilage 1 zu Heft 11, S. 1-24.
Scheurle, Klaus-Dieter/ Mayen, Thomas (Hrsg.)	Telekommunikationsgesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2008.

Schulz, Christian	Lizenzvergabe bei Frequenzknappheit – Verwaltungsrechtliche Aspekte und Rechtsschutz bei telekommunikationsrechtlichen Versteigerungsverfahren am Beispiel der UMTS-Auktion, Münster 2002.
Schulz, Wolfgang/ Vesting, Thomas/Jürgens, Uwe	Frequenzmanagement und föderale Abstimmungspflichten – Beteiligungsrechte der Länder bei der Anwendung der §§ 45 ff. TKG auf Frequenznutzungen im Breitbandkabel – Ein Rechtsgutachten hrsg. v. Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT), Berlin 2000.
Schulze-Fielitz, Helmuth	Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Grundzüge des Verwaltungsrechts, hrsg. v. W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Band I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München 2006, § 13, S. 761-838.
Spading, Michael/Lüdemann, Dirk	Ständig steigende Qualität - Digitales Fernsehen auf dem Weg zu hoch aufgelösten Bildern, in: ARD-Jahrbuch 2008 hrsg. v. F. Raff, Saarbrücken 2008, S. 48-55.
Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian	Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 2. Auflage, München 2011
Stüer, Bernhard	Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Auflage, München 2009.
Trute, Hans-Heinrich/ Spoerr, Wolfgang/Bosch, Wolfgang	Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Berlin 2001.
Tschentscher, Thomas/ Pegatzky, Claus/Bosch, Tobias,	Sicherheitsrisiken durch Kabelfernsehen? Zur Vereinbarkeit terrestrischer Frequenznutzungen der Sicherheitsfunkdienste mit dem Betrieb der Breitbandkabelnetze, in: K&R 2000, Beilage 1 zu Heft 8, S. 1-30.
Vogel, Klaus/Dolzer, Rudolf/ Graßhof, Karin (Hrsg.)	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Band 2, Artikel 5, Stand: 123. Erg-Lieferung, Heidelberg 2006.
Voßkuhle, Andreas	Das Kompensationsprinzip – Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.
Winkler, Günther/ Antoniolli, Walter (Hrsg.)	Rechtsstaat und Planung, New York 1982.
Wißmann, Hinnerk	Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Grundzüge des Verwaltungsrechts, hrsg. v. W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Band I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München 2006, § 15, S. 943-994.

Zagouras, Georgios — Digitale Dividende: Zwischen Frequenzregulierung und Rundfunkbelangen, in: CR 2006, S. 819-826.